

**COMMENTARIUS AD D.  
JUSTINIANI  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM IN 4.  
LIBROS, A JOAN...**

---

Johann Georg Kees



EX MUNIFICENTIA  
FERDINANDI ILM.E.D.  
DIE 3. JUNII 1791.

9. 2. 57.

255

XXIX

Keep

1754

**B 3.**





COMMENTARIUS  
AD  
D. JUSTINIANI  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM  
IV. LIBROS,

A  
JOAN. GEORGIO KEESE

J. U. D. AULÆ, ET JUDICIORUM ADVOCATO;  
Reverendissimi & Celsissimi D. D. S. R. I. Principis & Episcopi VIEN-  
NENSIS Consiliario Consistoriali, nec non incliti Reverendissimorum  
& Amplissimorum Inferioris Austria D. D. Prælatorum status SS.  
Canonum Professore, compositus:

ET IN ANTIQUISSIMA AC CELEBERRIMA  
Universitate VIENNENSIS studiosæ Legum Juventuti in  
Privatis Collegiis expositus.

EDITIO OCTAVA,

MULTIS A MENDIS REPURGATA, ET IN QUÀ

omnia, quæ in prioribus germanice scripta occurrerant, continuo  
latine orationis stilo, in gratiam exteriorum adornata sunt.

CUM APPENDICE

Continente modum legendi & scribendi citationes utriusque Juris.



COLONIÆ ALLOEROGUM,

Sumptibus MARCI-MICHAEL BOUSQUET & Socior.



MDCCLIX.

Cum Privilegio Sacrae Cæsareæ Majestatis.

1700

THE

THE

THE

THE



## P R I V I L E G I U M.

**N**OS FRANCISCUS Divina favente Clementia-Elektus Rostavorum Imperator, semper Augustus, ac Germania & Hierosolymitarum Rex, Dux Lotharingia & Barri, Magnus Hetruria Dux, Princeps Carolopolis, Marchio Nomeni, Comes Falckensteini &c. &c. Agnoscentes & notum facimus tenore presentium universis, quod, cum Nobis Marcus-Michael Bouquet, ejusque socii, humiliter supplicarint, quatenus Privilegium Impressorium super Georgii Keeshi Opus ad Infinita in quarto à Nobis sub dato decima tertia Octobris anni millesimi septingentesimi quadragessimi nono ipsis ad decennium concessum, ad alios decem annos à Lapsu priorum prorogare clementissime dignaremur: Nos submissa pariter ac aequè eorum petitioni annuendum censuerimus. Ac proinde Autoritate Nostra Caesareo cunctis & singulis Bibliopolis, Bibliopæis, Typographis, ac aliis quibuscunque rem librariam seu negotiationum exercentibus firmiter inhibemus, vetamus, & interdicimus, ne quis supra nominatum Keeshi ad Infinita sub hoc aliove titulo per ulterius decem annorum spatium à Lapsu priorum computandum intra sacri Romani Imperii fines recedere, vel aliis recedendum dare, alioquinve impressum apportare, vendere, vel distrabere citra prefatorum Imperatorum eorumdemque heredum ac successorum voluntatem & assensum in scriptis, obtentum ausit vel presumat: Si quis verò secus faciendo Privilegium hoc nostrum seu Interdictum violare, contemnereque presumpserit, eum non solum ejusmodi Exemplaribus, ubicunque Locorum reperitis, perperam quippe recens seu apportatis: quæ dictus Marcus-Michael Bouquet, ejusque socii, sive propria auctoritate, sive Magistratus illius Loci auxilio sibi vindicare poterint, de facto privandum, sed & quinque marcarum auri puri pænâ arario seu fisco Nostrò Caesarè & parti Laesa ex agro pendenda omni spe venie sublata annullandum decernimus, Annunodo tenor hujus Nostrì Privilegii in fronte Libri impressi reperitur, & consueta quinque Exemplaria Consilio Nostrò Imperiali Audito exhibeantur. Mandamus itaque omnibus & singulis, Nostris & Sacri Romani Imperii subditis & fidelibus dilectis tam Ecclesiasticis, quam secularibus, cujuscunque status, gradus, dignitatis, aut ordinis fuerint, prefertim verò iis, qui in Magistratu existentes, vel suo, vel superiorum suorum Loco aut nomine jus, jurisdictione administrant, ne quinquam Privilegium hoc Nostrum Caesareum violare, spernere, aut transferri patiantur, sed si quos contrarios compererint, constitutà à Nobis multa eis puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi gravissimum Nostram indignationem prædictamque penam evitare voluerint. Harum testimonio Literarum manu Nostra subscriptarum & sigillì Nostrì Caesareo Approbatione munitarum, quæ dabantur Vienna die septima Novembris Anno millesimi septingentesimi quinquagesimi octavo, Regni Nostrì decimo quarto.

FRANCISCUS

Us Comes Colloredo.

L. S.

Ad Mandatum Sac. Caf. Majestatis  
proprium. *M. A. Willems*  
Rat. D. de Huen.

*persona*, in singulari; quia unus tantum in Imperii Romano-Germanici caput eligi solet, & debet. Constat tamen olim duos veros Imperatores simul regnasse; ubi Imperium erat Diarchicum; sic restatur Julius Capitolinus, Marcum Antoninum, Philosophum, & Verum Antoninum pari maiestate imperasse. Schamb. *Inst. Proem. pag. 3.* Sic Marcus Aurelius, & Aelius Verus duo Imperatores, Augusti nomine insigniti, imperium habuerunt commune. Petav. *Rationar. temp. part. 1. lib. 5. cap. 8.*

Dicitur *habilis*: Consistit verò illaabilitas primo *in natura*; ut videlicet sit mas & mentis compos, non monstrosus, non languidus: Quoad ætatem, nulla est determinata; sic uti meminerunt Historiæ, Otto III. ætatis anno undecimo; Henricus III. duodecimo; Henricus IV. octavo; Carolus V. decimo nono: sic & Carolus VI. victoriosus Augustissimus nunc imperans Dominus, Dominus noster Clementissimus, natus An. 1684. Kalend. Octobr. Qui post obitum Josephi I. Augustissimi sui Germani in hereditarias provincias Barchinone ex Hispanis evocatus, illa ipsa die, qua 1711. Idum Octobr. Mediolani advenit: fuit à congregatis Imperii Electoribus, eorumque Legatis Francofordia Rex Romanorum electus; ibidemque Prid. Idum Decemb. ejusdem autumnii Romanorum Imperator, dum annum ageret septimum, & vicesimum, coronatus est.

Secundò *in genere*: Ut nempe sit legitimo thoro genitus illustris, Germanus. Et quamvis Bodinus *lib. 1. de Republ. cap. 9.* modicus defendat: Imperium Romanum traslatum in Gallos ex Caroli Magni persona, qui ex Carolo Martello, Francorum, seu Gallorum Principe natus erat; vel saltem Gallos non esse exclusos dignitate hac Imperiali, nec active, nec passive. Verior tamen est sententia, quam cum omnibus JCtis Germanis tenet vir celeberrimus Arth. Duck. *de Author. jur. civil. Rom. lib. 2. cap. 2. n. 2.* ubi ait ita: Imperii Occidentalis jus relictum est Germanis, inter quos septem viri Imperatores electionis jure constituerunt, quod continuo usu, & consuetudine inductum, per auream Caroli Quarti Bullam postea confirmatum est, & ex eo jure Imperatores Romano-Germanici hodie designantur. Qui *num. 3. & seqq.* testem allegat Pontificem Innocentium III. cujus verba ita sonant: Romanum Imperium in persona Caroli Magnifici à Græcis in Germanos fuit traslatum. *Cap. Venerabilem. 34. de Elect. & Elect.* Item Clementis V. Constitutionem *un. de jurejur. in prin.* Pro qua sententia facit, quæ habentur *cap. Ne pro defectu 41. in fin. de elect.* nimirum Ecclesiæ vacanti providendum in electione de persona idonea ex ejus gremio. Unde fit, quod in recessibus

passim

passim nuncupetur *das Heilige Römische Reich-Teutscher Nation*. Habetur autem Germanus tantum is, qui ex sanguine immediatè Germano est ortus, etsi non sit natus in Germania. *Arg. L. 6. §. 1. ff. ad Municip. & L. 7. Cod. de Incol. lib. 10.* Sic Fridericus Secundus in Sicilia quidem lucem aspexit, & tamen quia patrem habuit Henricum Sextum Imperatorem Germanum, ad Imperium fuit evocatus.

- 5 Tertiò in professione sit fidelis, id est sit Religionis Catholicæ Romanæ; quod ipsum fatetur Justinianus *L. Inter claros. Cod. de SS. Trinit. cit. cap. Venerabilem*. Facit, quòd electus in Regem Romanorum præter cætera capitula, quæ juratò promittit, primò juret, se utpote primum advocatum velle defendere Sedem Apostolicam Romanam: uti videre est in Capitulatione electi Augustissimi Caroli VI. *in prin.* Et id ipsum virtualiter exigit Aurea Bulla *cap. 2. §. 3.* ubi continetur formula juramenti præstandi ab Electoribus, ejusque Nuntiis in Electione Regis Romanorum: Carolus Quartus enim, constituendo communem hanc juramenti formulam, abundè innuit, eligendum in Regem Romanorum debere esse fidei Catholicæ Romanæ. Siquidem Electores Ecclesiastici nullum judicabunt idoneum, nisi simul sit Ecclesiæ Romanæ fautor. Item jubet, Missam prius decantari, eum in finem, ut ipse Sanctus Spiritus corda Electorum illustret, & eorum sensibus lumen suæ virtutis infundat, quatenus ipsi tanto fulti præsidio eligere valeant hominem justum &c. *d. cap. 2. §. 1.* Jam nequaquam id evenire potest, ut Sanctus Spiritus sensibus Electorum infundat, ut eligant in Regem Romanorum, futurumque Imperatorem, virum à fide Apostolica Romana alienum. Facit & juramenti formula, quam & Vitriarius *lib. 1. Inst. Jur. Publ. tit. 8. n. 2. vers. Ante*, recitat.

- 6 Quartò, in Virtute sit pius, justus, bonus, utilis *d. §. 1.* habeatque cæteras ad tam Augustum Regimen virtutes. Schamb. *Proem. Inst. pag. 4.* Dixi in definitione: *secundum leges fundamentales*: id est, conformiter Imperii Romano-Germanici Constitutionibus hac super materia latis; qualis est Aurea Bulla. Dixi *ab Electoribus*, seu à Collegio Electorum; quod roboratum, & confirmatum est per Auream Bullam *cap. 4.*

- 7 Quis autem hos Romano-Germanici Imperii Electores & Proceres instituerit, variant authores. Nam ut dictum *num. 4.* Arth. Duck. vult Imperium Romano-Germanicum esse electivum, usu & consuetudine. Besoldus *de jur. publ. p. 1. c. 6.* dicit, illud esse factum electivum ab Ottone III. liberis carente; quod tamen sub Ottonibus erat successorium.

Schamb.

Schamb. cit. pag. 4. Qui plura scire cupit, consulat Struvium *Histor. jur. rap.* 10. §. 13. & *seqq.* Certum est Collegium hoc Electorale esse perantiquum. Nam & de eo Innocentius III. S. P. jam fecit mentionem A. Christi 1208. *Cap. Venerabilem* ✕ *de Elect.* &c.

Initio erant septem, creati ex potentioribus Germaniæ Principibus; 8  
tres Ecclesiastici, nimirum Archiepiscopus Moguntinus; Trevirensis, & Colonienfis: Et quatuor laici, nempe Rex Bohemiæ, qui utpote Regia Majestate insignitus, meritò inter Electores laicos obtinet primatum; palatinus Rheni, in cujus locum successus est Dux Baviaræ; Dux Saxoniæ, & Marchio Brandenburgensis. Aurea Bulla *cap.* 4. §. 4. Electorum singuli habent certa sibi designata Imperii Archi-Officia: Sic primus est Archi-Cancellarius per Universam Germaniam; Secundus Archi-Cancellarius per Galliam, & Regnum Arclatense; Tertius Archi-Cancellarius per Italiam; Quartus est Archi-Pincerna; Quintus Archi-Dapifer; Sextus Archi-Marescallus; Septimus Archi-Camerarius. Quo autem tempore hæc Archi-Officia coeperint, incertum est. Cæterum quatuor Electores laici suos habent subofficiarios: Sic Dux Bohemiæ subofficiarium habet de Limburg, qua familia jam extincta, hodie Comitem ab Altann; Secundus habet hodie Dominum de Waldburg, extincta familia Nortenbergiana; Tertius Comitem de Pappenheim; Quartus Comitem de Falkenstein; Hodie Comitem de Hohenzollern. A. B. *Cap.* 26. §. 6. Quod si vero Electores sint præsentés in Curia Imperiali, ipsi ministrare debent. *id.* §. 6. Electorum numerus, eorumque Archi-officiorum sequentibus verbis comprehendit Martinus Polonus:

Moguntinus, Treverensis, Colonienfis;  
Quilibet Imperii sit Cancellarius horum  
Et Palatinus Dapifer, Dux porritor ensis,  
Marchio Præpositus Cameræ, Pincerna Bohemus;  
Hi statuunt Dominum, cunctis per sæcula summum.

Septemvirale hoc Collegium duravit usque ad An. 1648. Quo regnante Augustissimo Ferdinando III. Electoralem dignitatem recuperavit Palatinus Rheni, in cujus locum successus erat Dux Baviaræ uti *supr.* n. 8. Non tamen propterea Dux Baviaræ dignitate hac Electorali excidit: Ecce octavum Imperii Romano-Germanici Electoratum, in persona Domini Caroli Ludovici, Palatini Rheni, dicto anno, die 24. Octobr. instrumento Pacis Osnabrugensis, renovatum; Estque Imperii Archi-Thesaurarius; subofficiarium habet Comitem de Sinzendorf. Tandem anno

1691. 19. Decembr. in persona Ernesti I Ducis Hannover. creatus fuit nonus Electoratus, cujus filius Georg Ludov. 7. Sept. 1708. in Collegium Electorum, extincto patre, fuit introductus, imperante Augustissimo Josepho I.

- 10 Electus ad Imperium Romano-Germanicum coronabatur olim triplici corona. Primo ferrea, ut ostenderetur fortitudo; Hanc ipsi imponebat Aquisgran. Archi-Episcopus Colonienfis. Secundo argentea, ad ostendendum animi candorem, in Principibus requisitum. Eam ingressus Italiam recipiebat ex manibus Archi-Episcopi Mediolanensis. Tertia aurea, ad denotandam Imperii excellentiam: Namque sicut aurum præstat cæteris metallis, ita Imperialis splendor omnes reliquos & Principes antecellit: Hac Romæ coronabatur à Papa. Hodie vero una tantum eaque clausa coronatur, & quidem olim à Moguntino. Quod jus Colonienfis Archi-Episcopus, eo quod Aquisgranum, Coronationis locus, in Colonienfi Ditione situs esset sibi deinde attribuit, & per A. B. quoque ipsi fuit confirmatum. Utroque Archi-Episcopo de hoc jure multum disceptante; lis sequenti transactione fuit sopita: ut, si Imperator sit in Ditione Colonienfi coronandus, coronationem peragat Colonienfis, si in Moguntina, Moguntinus, si in neutrius, alternare debeant. Vitriarius, *Inst. jur. publ. lib. 1. tit. 8. n. 2. vers. Tandem*. Rotunda & clausa est corona illa, in summitate gerens mundi figuram, ut denotetur Imperium esse præcipuum totius orbis regnum. Schamb. *Inst. Proem. pag. 5.*

- 11 Redeamus jam ad nostram Proæmii epigraphen, quæ ultro habet, *Cæsar*. Nomen hoc mutuavit Justinianus à Julio Cæsare, qui ita appellatus ob oculos cæcios, quos habuit, vel à cæsarie, cum qua natus: vel ex eo, quod cæso matris utero natus sit, Quæ postrema ratio à pluribus approbatur. Post Julium Cæsarem nomen hoc primo transit in Octavianum una cum Julii Cæsaris hereditate, dein designare cœpit spem & sponsonem Imperii: Sic legimus Titum, & Domitianum Vespasiani filios fuisse in ipsa patris creatione *Cæsares* à Senatu compellatos; cum nomen hoc à Senatu nullus obtineret, nisi Imperatoris filius esset naturalis, aut adoptivus, ut sic nactus favorem Prætorianorum, utpote ex Augusti familia, facilius post patris obitum nomen Augusti sortiretur, quo pleræ & perfecta dignitas, & potestas Imperatoria intelligebatur. Hæc Cæsaris dignitas etiam ab aliquibus Imperatoribus filius tributa fuit. Gravin, *de Rom. Imp. mon.* 33 Ad horum exemplum, & hodiernis moribus *Cæsarem* nominatus cum Principis filium, qui designatus est Majestatis successor,

cessor, qualem in Germania vocamus *Regem Romanorum*, in Gallia *Delphinum*, in Hispaniis *Asturiarum principem* &c. vid. Hop. *Proem. Inst.* pag. 4.

*Flavius*: Et in hoc dissident authores; Nam aliqui volunt, eum fuisse ortum ex nobili familia Flavio: Alii contrariatur *Ægidius Perlinus* qui scribit, Justinianum fuisse natum ignotis & obscuris parentibus. Alii credunt eo, quod Flavios devicerit, Sed historia id non docetur. Probabilior est *Mynsing. doctrina*, qui ait, Imperatores Orientis solitos esse, nomen sibi hoc præponere ob *Constantini Magni*, nomine *Flavii*, memoriam. *Schamb. loc. cit. pag. 6.*

*Alemannus, Gothicus, Franciscus, Anticus, Vandalicus*: Agnominat hæc sibi adkivita devictis hostibus, permulta enim habuit bella. *Pius*: Nomen hoc Imperatores participarunt ab *Antonino Pio*, uti testatur *Justinianus*, cujus verba sunt: *Antoninus, Pius cognominatus*, quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit. *Novel. Ut Libert. de cetero aureo non indug. annal. 78. cap. 5.*

*Felix*: Qui non tantum in coercendis hostibus, sed etiam in firmando legibus Imperio felicem vidit successum. *Inclutus*, id est, rebus gestis *Clarus, & Magnus. Victor*, ac *Triumphator*, nimirum ob plures victorias, & triumphos reportatos, de quibus videri potest *Mynsing. Inst. Proem. Augustus* ab *Octaviano*: Hic enim rebus *Populi Romani* prospere gestis Imperatoris nomen ab initio assumpsit; ut vero tot nationum victor ab aliis mortalibus secerneretur, nolens *Rex* appellari, ne Regum memoria ipsi obesset, *Augustus* fuit a Senatu renuntiatus, quod vocabulum rebus sacris ac divinis usitatum erat; ut se Deorum quodammodo nomine tueretur. Tribus istis appellationibus nempe *Imperatoris, Augusti, & Caesaris* exprimebatur in *Octaviano* rei militaris arbitrium, splendor dignitatis, & successio. *Gravin. de Ort. & Progress. jur. civil. n. 105.*

Vocabulum *Augustus* præcedit adverbium *semper*, quod non *Justinianus*, sed *Fridericus I.* præmisisse volunt authores. In Imperatoribus *Romano-Germanicis* appellatio hæc *Augustus*, derivatur ab augendo: Nam vi *Capitulationum*, quæ cum ipsis incuntur, obligantur ad augendum Imperium, & ad revocandas partes alienatas. Hop. *Proem. Inst.* pag. 4. Hinc se scribunt. *Altezeit mehrere des Reichs.*

Tandem concludit inscriptionem ita: *Cupida legum juventutis S. D. 10* Ecce benevolo animo, & per modum Epistolæ familiaris, *Justinianus* tradidit suas Institutiones Imperiales *cupidæ legum juventuti*. Ex his verbis  
*Rees ad Instituta.* † † colligitur,



colligitur, duo in studio juris requiri. Primo, ut sit cupidus, & sedulus. non signis. non laborum impatiens, sunt enim jura vigilantibus scripta *L. Pupillus 24. in fin. ff. Quæ in fraud. cred.* Secundo ut sit juvenis, quia juvenis est plerumque senibus docilior, difficile enim est veterem hominem informare, arg. *L. Præcipiunt 37. ff. de Edict. Edict.* Non tamen propterea repellendi sunt senes a studio juris, pulchre enim Julianus *L. Apud Johannem 20. ff. de fidei-commis. Libert.* inquit: Etsi alterum pedem in sepulchro haberem si pueragenarius, non tamen addiscere me pigeret. Sic Accurcius, si quadragenarius se ad studium juris contulit, suoque labore, & industria efficit, ut advocatorum idolum appelletur. *Gray in loc. cit. n. 155.*

- 27 Absoluta inscriptione transimus ad ipsum Proœmium, seu præfationem Institutionum; solent enim præfationes nos libentius ad lectionem propositæ materiæ perducere, & cum ibi venerimus, evidentior præsentat intellectum, *L. 1. in fin. ff. de Orig. Jur.* Hoc præmissis Proœmii principium ita sonat: *Imperatoriam Majestatem non solum armis decoratur, sed etiam legibus oportet esse armatam.* Dum Imperator epistulas legibus conveniens attribuit armis, ostendere voluit, alterum alterius auxilio semper egere; siquidem tam militaris res Legibus in tuto collocata est, quam ipsæ leges armorum præsidio servatæ sunt *Præf. de Justin. Cod. confirm. in princ.* Hinc Imperator Constantinus ait, jura ultore gladio armari. *L. Cum vir. 31. Cod. ad leg. jul. de adult.* Est & elegans textus in *L. Advocatus 14. Cod. de Advocat. divers. judicior.* Inde arma & leges fraternizare dicuntur apud Besold. In duobus enim Principi institutum consistit maxime, in jure dicundo, & in populo ad bellum educendo, reducendoque, ut quem cives antea viderent justissimum, eundem in frangendis hostium ausibus experirentur potentissimum. Quæ: An ex eo, quod Imperator arma præmittit legibus, voluerit militibus aliquam dare prærogativam præ litteratis? vid. *Hop. Inst. Proœm. pag. 5.*
- 28 Proponitur & sequens questio: An igitur Justinianus officio suo recte sit functus; &c. Affirmative. Probatur hoc syllogismo: Imperator armis decoratus, & legibus armatus recte fungitur suo officio; Atqui utrumque residet in Justiniano, Ergo recte functus est suo officio. Major desumpta est ex Proœmii initio. Minor probabitur *segg. §. 5. Schamb. Proœm. Inst. pag. 8.*
- 29 Quare vero hæc duo conjunctim habere debeat Imperatoria Majestas: Rationes tres assignantur in textu; Prima, ut utroque tempore, tum
- pacis,

pacis, tum belli, recte possit Respublica gubernari. Secunda, ut Romanus Imperator non solum in hostilibus praeliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium, seu delinquentium iniquitates expellat, & quivis sciret, qualiter jus suum, non propria auctoritate, persequi debeat. Tertia, ut non solum letetur victis hostibus, magnificisque triumphis, sed & nomen mereatur Principis jurium religiosissimi. *vid. text. in p. in.*

Observa, per Imperatoriam Majestatem intelligi posse quamvis Rempublicam: Est autem Respublica, *Civium multitudo, rerumque inter eos communium, summa potestate, rectaque ratione, gubernata.* Ubi vides, materiam Reipublicae esse homines cives, formam vero administrationem finem, publicam felicitatem. Respublica triplex est Monarchica, dum suprema Majestas penes unum solum residet. Aristocratica, dum Reipublicae gubernandae clavum tenent plures; quos optimates, seu Ephoros vocare consuevimus. Democratica, seu Poliarchica, seu Anarchica, dum suprema illa potestas est penes totum Populum. Potestas illa suprema solum querat publicam utilitatem; Ceteroquin, si primario respiciat commodum privatum, tum Monarchia defleat in Tyrannidem; Aristocratia transibit in Oligarchiam; & Democratia vertetur in Ochlocratiam. Schamb, *Proem. Inst. pag. 9.*

## §. QUORUM I.

Probatur jam minor syllogismi *u. 16.* positi, cujus prima pars ostenditur a devictis hostibus, & subjugatis rebellibus, Ditionique Romanae adjectis. Secunda eruitur ex verbis finalibus §. Quae sunt: Omnes vero populi (intellige a Justiniano devicti, & qui prius Romano Imperio jam erant subiecti) legibus tam a Nobis promulgatis quam compositis reguntur. Per leges *promulgatas*, intellige leges a Justiniano conditas, & editas, ab ipso vero Justiniano in Ordinem redactas; Etenim teste Pomponio *L. 2. §. 2. in fin. ff. de Orig. jur.* Alias leges componimus; ergo proprias promulgamus. Verum proposito hac minor cum sua conclusionem posset videri arrogans. Quapropter volunt Auctores, eam non fuisse Justiniani mentem; quippe qui simili argumento id primario quaesivit, ut juris studiosis, quibus absoluto legali studio promittit provincias gubernandas §. *fin. Proem.* ostenderet, quid Principi tunc suggerere debeant,

## §. ET CUM II.

- 22 Continetur probatio secundæ partis assumpta; dicitque, quod sacratissimas Constitutiones ante confusas, & immensa veteris Jurisprudentiæ volumina in luculentam erexerit consonantiam; Ast de his tractat juris Historiæ. Ex qua juris Tyroni duo notanda occurrunt. Primum. Quod Imperator Justinianus, culmen Imperii Romani anno Christi 527. adeptus, gravilima etiam inter bella, miro ardore studuerit, jus Civile Romanum in faciliorem, & breviorum ordinem redigere; atque id ipsum perlecerit. Secundum: Quod jus Civile Romanorum, auctore et dem Justiniano, quatuor voluminibus, seu partibus (Digestis, Institutionibus, Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis) jam comprehendatur, quæ collectivè acceptæ, *Corpus Juris Civilis* appellari vulgo solent.
- 23 Occasione §. hujus quæritur: An in nostro corpore juris invenire sit antinomial, seu textus formaliter, & directe sibi contrarios? Non difficeretur quidem ipse Imperator, nonnulla videri apparenter contraria. Nam postquam dixisset, se jus collegisse ex tantis myriadibus, subiungit: *In nullo aberare Divina utique solius, non mortalis est constituta* L. 1. §. 4. L. 2. §. 14. 16. L. 3. §. 13. *Cod. de Veter. jur. ench.* voluntque non parvi nominis auctores, in eo dari formales antinomias, Struv. *Hist. jur.* pag. 267.
- 24 Verum his obstat Justiniani autoritas, qui §. isto ait, a se omnia fuisse redactam in luculentam consonantiam. Quo facit L. 1. §. 8. L. 2. §. 15. *Cod. de tit.* Quod ipsum & vult Udalricus Z lius *Epist. ad Claudium Cantabrigiam*, his verbis: Non nego complura in legibus offendi posse, quæ pugnancia primis oculis apparent, si tamen introspexeris, si ad medullam manus moliaris, jam propemodum omnia tibi consonantia, concordia, & junctissime amica esse comprobantur: Et quæso, nonne in ipsis Evangeliiis, & textibus sacræ Scripturæ, dari apparentes contrarietates experimur?
- 25 Non tamen erit abs re nutantibus proponere aliquot modos, quibus rextus apparenter contrarii reconciliari valent. Igitur primo, uterque textus est perlegendus, totus, uti vult L. *Incrucile* 24. ff. de LL. & videntum, au non ex uno alteroque verbo erui possit resolutio. Tali modo conciliatur L. 14. & L. 41. in fin. ff. de contrab. empt. Distinguendo videlicet inter auratum, & auro coopertum. Secundo juvabit conferre præcedentem & subsequenter legem, siue sint diversorum iustorum, siue ejusdem;

dem; Etenim compilatores Corporis juris non raro brevitate causa, utramque respexerunt: tali modo explicatur *L. 6. in fin. Et L. 7. de sero. export.* Tertio perquirendum est subtili animo an non inter textus apparenter contrarios sit diversa, ut specialis quædam decidendi ratio, prout anxie hortatur Justinianus *L. 2. §. 15. Cod. de Pater. jur.*

Quarto recurrendum est ad Ictorum loquendi morem. Sic Scævola locutus est pressius, id est, non ultro, quam rogatus fuit, dum *L. Quid Romæ 122. §. fin. ff. de V. O.* ait in casu ibidem proposito prænam esse ipso jure commissam; Paulus vero locutus est, plenius, seu abundantius, dum in simili casu distinctione utitur *L. 122. §. 2. ff. de Pat. dotat.*

Quinto inspicendum est, an forte textus unus loquatur de juris rigore, alter de aq̃uitate. Exempla sunt *Rogasti 11. l. singularia 19. ff. de Rel. cred. l. & Qui negotia 34. in prin. ff. Mandat.* Priores enim leges loquuntur de juris rigore, posteriores de aq̃uitate, seu benignitate. Sexto, videndum, an textus discrepantes non allegent diversorum Ictorum sectas, & tunc sectæ illius responso standum est, quod approbatum invenitur; vel si distinctione quadam combinentur, eandem acceptamus. Exemplum est *§. 25. Inst. de Rer. Divis.* Septimo, juvabit distinctio inter licitum, & honestum. Sic combinari debet *L. Qui jurisdictioni 10. ff. de jurisdic. & L. in privatis 77. ff. de Judic.* Octavo, facienda est distinctio inter lucrum, & damnum, & quæ distinctio maxime deservit materix de juris & facti ignorantia. Nono, considerari potest, an unus textus fundetur in jure ordinario, alter in jure speciali. Exempla habentur *Inst. lib. 2. tit. 1. §. 32. 33. Et 34.*

Decimo discernendum est jus Civile, a jure Prætorio; jus enim Civile nonnihil denegat, quod concedit jus Prætorium. Sic filius emancipatus, a patre præteritus in testamento, nullum de jure Civili contra illud habet remedium, secus de jure Prætorio. Undecimo, explorandum, an in unam eandemque personam non cadat diversus respectus. adeo ut uno respectu sit ad aliquem actum habilis, altero inhabilis. Sic *L. 3. Et fin. Cod. Qui legat. persun. stand.* Statuitur, quod minor viginti quinque annis non possit stare in judicio; verum reperitur diversum *L. 23. ff. de Minor.* Dic, priores textus intelligendos esse in propria causa, alterum vero in negotio alieno: sic dantur textus, qui dicunt, filium-familias non esse habilem ad faciendum testamentum; alii hanc facultatem illi concedunt; dic textus asserentes intelligi debere de filiofamilias, volente testa-

mentum facere, de peculio castrensi, aut quasi castrensi; negantes vero de peculio adventitio.

Duodecimo, querendum, an unus textus loquatur generaliter, alter specialiter; & tunc generalis restringetur per specialem; regula enim juris est: species derogat generi. Non enim potest species sub genere comprehendere ob sui particularem rationem. Sic *L. 1. ff. de Eo, quod cert. loc.* Dicitur: is qui certo loco promissit debitum solvere, si illuc non perveniat, poterit, in alio loco conveniri; verba tamen hæc in alio loco accipienda sunt in sensu accomodo, si videlicet sit locus talis, in quo debitor contraxit, aut habet domicilium. *L. Hæres. absens. 19. §. fin. ff. de Judic.*

Decimo tertio indaganda est propria terminorum, quibus lex utitur, significatio, sunt enim termini ad res & loquentium mentem denotandam introducti; hinc tam in jure Civili, quam Canonico extat integer titulus de Verborum Significationibus. Quia observatione fac le compones, *L. Naturalis. 5. §. 1. in prin. ff. de præscript. verb. cum L. fin. in prin. ff. de Condition. caus. dat.* In priori lege dicitur; si tibi pecunias dedi, ut rem acciperem, est emptio, & venditio; Econtra in posteriore habetur: si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, non est emptio & venditio. Ecce in utroque casu datur pecunia pro re, & tamen in uno casu est emptio & venditio, in altero non est. Unde pro solutione termini cujusque legis attendi debent. Sic lex quinta ponit casum, ubi tibi pecunias dedi, ut rem acciperem; quare merito dicitur esse emptio, & venditio; hujus enim contractus natura est, ut emptor pecuniam det pro re sibi vendita trahenda. Econtra *L. fin.* continet casum, quo tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, quæ mutua datio propria est contractus Innominari, do, ut des.

Decimo quarto Examinandum, an textus quidem non loquatur dispositive, requirens aliquid de forma; alter vero tantum narrative, seu enuntiative, quo posteriore casu actus omne habebit robur; licet non fuerit observatum id, de quo lex facit mentionem. Sic ex *L. Diron. 24. ff. de test. milit.* non bene inferitur, ad militis testamentum requiri, ut ad illud convocentur testes. Decimo quinto: scrutari oportet, an materia aliqua in textu quodam proponantur, tantum incidenter, an vero ex professo, tanquam ad proprium locum, ut sedem suam ordinariam. Nam si lectus materiam aliquam proferat in certa quadam lege incidenter tantum, sufficit, si materia illa cum lege continente conveniat in aliquo tertio;

tertio ; unde non erit licitum ab illo argumentari ad sedem ordinariam ; Hinc , est , quod leges illæ , quæ solum incidenter de quadam materia meminerunt , dicantur *fugitivæ*. Sic *L. fin. §. ff. de Bon. cor. qui ante sentent. mort. sibi consciv. ex professo docet*, puniendum esse eum , qui sibi impias manus intulit : E contra *L. 9. 7. ff. de Pecul. dicit* : licet servis naturaliter in se sævire ; Ergo , qui sibi manus impias intulit , non est puniendus ; cum pœnam non mereatur , qui lege permittente agit. Verum argumentum hoc ad sedem ordinariam , qualis hic est *L. fin.* non procedit ; In hac enim *L. fin.* ex professo docet , quid cum illis faciendum , qui in se saviunt.

Plures modos solvendi antinomias apparentes suppeditabit tempus , & sedulum studium. Quod si nulla superit ratio conciliandi textus se collidentes , postremo recurrendum est ad juris correctionem , in qua sequens regula servanda est : Posteriores leges derogant prioribus , est enim voluntas posterior magis deliberata , quàm prior : dummodo in lege posteriore fiat aperta correctionis mentio. Nisi textus prior & posterior de eadem re prorsus contrarium statuat , tunc posteriori erit standum , etsi in illo nulla fiat correctionis mentio. Exemplum est in *Cap. 1. de Cognat. Spu. it.* Ratio est , quia cum Legislator omnia jura habeat in scinio pectoris , *Cap. 1. de Const. in 6.* ideo condendo legem posteriorem contrariam priori , hanc videtur tollere voluisse. Valens. *§. de Const. §. 2. n. 4.* Ne legislator contraria jura admittere videatur.

Not. Dum Imperator hic immensa illa veteris Jurisprudentiæ volumina vocat opus desperatum , dicere vult , quod ante ipsum multi jam tentaverint eam in unum corpus contrahere , sed illum non impleverint ; quos videre est. *Can. fin. Dist. 7.*

### §. CUMQUE 3.

Postquam Digesta essent composita , convocavit Justinianus primores Jurisconsultos , quos inter præcipui fuere Illustres , Tribonianus , Theophilus , & Dorotheus ; Horum enim virorum solertiam , legum scientiam , & circa Imperialium jussionum executionem , promptitudinem ; Justinianus multifariam sibi perspectam habuit ; iisdemque specialiter mandavit , ut suasi autoritate Imperiali Institutiones componerent.

Finem autem Justinianus habuit sequentem : ut juris Auditores primæ legum conabula non ab antiquis fabulis , sed ab Imperiali splendore appeterent. Multa enim antiqui fabulosa , enigmatica , & superstitiosa doce-

bant, quibus animi juvenum, qui ad primam venerunt legum audientiam perteterantur, aut superflua, & inutilia docebantur. *L. un. Cod. de Nud. jur. Quirit.* Alii per verba illa, *ab antiquis fabulis*, intelligunt librum a Sexto Aelio compositum, qui liber inscribebatur *Tripertita*, siquidem in eo tria continebantur; Nimirum leges XII. Tabb. earum interpretatio, dein subtexta erant earum legum actiones. *Pomp. L. 2. 38. ff. de Orig. jur.* Qui liber *Tripertita* jurium cunabula comprehendens, in hoantibus tradebatur; Verum Justinianus studentium animos tanto honore, & felicitate dignatus est, ut voluerit eos studiis Legalis, initium, & finem facius a voce Principali haurire. *t. b.*

28 Sed & peritiles profecto studiosæ juventuti sunt hæ Institutiones ex ratione; quia ante Justinianum studiosis jurium non prius explicabantur Constitutiones Imperatorum, nisi emensi essent quadriennium, uti dicitur *in fin. Proæm.* Nunc autem Legale studium ordiuntur ab illis Constitutionibus; siquidem negari nequit, Institutiones has esse opus novum a Justiniano constitutum; præterea multi in iis inveniuntur paragraphi desumpti ex aliis novis Constitutionibus Justinianicis.

29 Illustres igitur erant tres illi Institutionum Compositores; solertia, legum scientia, & fide. Sed & *Antecessores* nominantur: quo vocabulo intelligimus Magistros seu Professores juris, quales illi erant; ita dicti, quod doctrina antecedendo, discipulos in jurisprudentiæ penetralia deducerent: hi vero jurisconsulti, qui forum sequebantur, *Togati* appellati solebant. Triboniagus, qui cæteris erat dignitate superior, dicitur Magnus, eo quod initio fuerit Quæstor Sacri Palatii; erant autem Quæstores, penes quos legum, & juris cura residebat. *Tot. tit. Cod. de Quæstor.* Dicebanturque *Cystodes iussitæ*. Item dicebantur leges, preces, & rescripta, subnotabant. *Schimb. b. ex L. in Cod. de divers. rescrip.* Exquistoris nomen retinuit, ad instar Consulum, qui officio extincto dicuntur Exconsules, nostrâ ætate Quæstorum vocabulo mutato eos vocamus *Cellarios*.

#### §. I O I T U R 4

30 Traditur hic Institutionum definitio, quæ ita sonat: *sunt totius Legitima scientia prima elementa*: id est, sunt scientiæ juridicæ prima principia. Convertibilem hanc definitionem esse cum suo definito, minime dubitatur; nam instituere in genere dicit aliquem rudimentis, regulis, & præceptis in aliqua scientia, vel arte erudire: quod ipsum faciunt Institutiones.

Institutiones Justiniani in studioſo juris. Parum autem refert, ſive opus hoc voces Institutiones, licet iſte terminus ſit nitidior, ſive Inſtituta; quamvis Inſtituta, proprie loquendo ſignificent mores. §. & non Inſt. de jur. N. G. & C. Schamb. h.

## §. IN QUIBUS §.

6

Non ſolum continent breviter, quod ante obtinebat, id eſt principia juris, Conſtitutionum promulgatarum ante inſtitutiones compoſitas verum etiam in iis nonnulla inveniuntur Imperiali remedio illuminata. Quapropter ſcrupuloſitates, ambages, & ſuperſtitiones, inceperant aboleri. Exemplum eſt. Inſt. de ſucceſſion. ſubl.

Comprehenduntur quatuor libris, quæ diviſio ſane eſt arbitraria, vel metaphoriſca, ad exemplum quatuor elementorum naturalium; ars enim imitatur naturam. Arg. 4. §. de Adopt. Cui ſimile quid invenitur Cap. 8. X. de Conſang. Conſiderata tamen triplici juris materia, de qua Inſtit. tit. 2. §. ſin. commodius egiſſet Tribonianus, ſi Inſtitutiones has tribus ſolum libris conſtrinxiſſet, uti opinatur Hop. h. Ratio vero, cur Juſtinianus eas componi mandaverit, eſt ſequens: Ut juvenes hoc beneficio colorati, hiſce quaſi primitiis omnis legalis materiæ imbuti, poſſint ad penetralia ejus intrare, & formam legum pulcherrimam, non conſuetudinibus oculis accipere; & ita ſuffulti poſſint graviora & perfectiora legum ſcita ſuſtentare: ſecus evenire opus foret, ut ad portandam tantæ ſapientiæ molem inidonei juvenes, vacillantes in iſtis legum veſtibus conciderent. Prefat. 2. ff. §. 11.

## §. QUAT §.

Quatuor hi Inſtitutionum Imperialium libri compoſiti ſuere ex commentariis omnium Juriconſultorum, qui ante Juſtinianum prima legum rudimenta induxerant, quos libros ipſi quoque Inſtitutiones vocabant. d. §. 11. 11. in verbis: Mandavimus, quatenus libris, quas veteres compoſuerunt, qui prima legum argumenta continebant, & Inſtitutiones vocabantur &c. Præcipue vero decerptæ ſunt ex commentariis Inſtitutionum Caji Iſti, & rerum quotidianarum, id eſt ab experientia rerum magis vulgatarum, & practicarum: Qui floruit ſub Hadriano uti eruitur L. utrum 7. ff. de Reb. dub. Schamb. Hop. h.

Rees ad Inſtituta.

† † †

Dices:



- 34 Dices: Sub Hadriano vixit Cajus; ergo non potest Justinianus in hoc §. & §. 5. *Inst. de Publ. jud.* dicere *Caji nostri*; siquidem Justiniani temporibus Cajus jam erat mortuus. *re.* Id fieri benevolentiae causa, eo quod Justiniani Institutiones praecipue ex commentariis Caji sint compositae.

Eas autem ipse Justinianus, sibi a tribus iis Compositoribus oblatis *legit, recognovit, & plenissimum suorum Constitutionum robur eis accommodavit, dicit, se eas legisse. & recognovisse*: Unde errare videtur Suidas, qui Justinianum dicit, nec elementarium, sed analphabetum fuisse: Nonnulli scribunt eum ideo analphabetum fuisse dictum, Quia nimium volens sapere, desipuit. Etenim postquam Calcedor ense Concilium approbasset, in quo haeresis Eutychniana, quae verbi Dei & carnis unam esse naturam, docebat, damnata fuit, in eam tamen lapsus, & instigante praesertim Theodora sua Augusta & Triboniano An. Ch. 563. Imperii sui 37. relapsus est. Schamb. *hic.*

Dices: Institutiones has composuerunt tres illi viri Illustres: ergo non possunt dici Institutiones Imperiales. *re.* Composuerunt autoritate privata, nego: Autoritate publica, concedo antecedens. Adenque idem est, ac si ipse Justinianus eas composuisset; *Omnia enim Princeps fecit sua, quibus auctoritatem suam impertitur. Praef. 1. ff. §. 6.*

### §. F I N.

- 35 §. 1. & 2 probavit Justinianus propositionem minorem, videlicet, se esse & legibus armatum, & armis condecoratum: ideoque inferre ita deberet: Ergo ego Justinianus recte fungor meo officio. Verum illatio hac videretur arrogans: Quare pro Coronide Proemii potius hortatur studiosos, ut alacri animo ad Jura incumbant; seque dignos faciant, ut perfectio Juris cursu, mereantur, Reipublicae partes, sibi credendas, gubernare, *text. b.* Ut sic eos maximum decus in omne saeculum sequatur. *Praef. 1. ff. §. fia* Ultima verba, litteris tantum initialibus expresso, plene tunc denotant. Data Constantinopoli, IX. Kalendas Decembris, Domino Justiniano Perpetuo Augusto, tertium Consule.

- 36 Occasione proemii lubet, sequentes ponere quaestiones: Prima, cum Imperator Justinianus suis Institutionibus; & aliis nonnullis Constitutionibus praemittat Nominis Divini invocationem; an ea sit de substantia alicujus instrumenti? Praenot. Instrumentum esse scripturam, qua negotium aliquod *gratum v. g. Testamentum contractus &c. facilius probationis causa, continetur.* Aliud est publicum, confectum nimirum autoritate publica. Aliud pri-

privatum, quod autoritate privatorum est compositum. Invocationem Nominis Divini non esse de validitate instrumenti tum publici, tum privati. Probatur. Erubescit Juriconsultus absque lege expressa, aut bona ratione loqui; atqui nulla est expressa lex, nec quæ ad instrumentorum validitatem, requirat hanc invocationem; ergo neque nos eam exigere debemus; Etenim si solemnitas hæc instrumentis foret necessaria, extaret præceptum; sicut extant præcepta circa alias instrumentorum solemnitates.

Obji: *Novell. 47. cap. 1.* quæ habet: Instrumentum inchoetur auctore Deo; ergo datur tale præceptum. *re. con. ant. ne. conf.* Etenim Justinianus loquitur tantum enuntiative: ut ostenderet, invocationem esse actum piæ, decentem, religiosum, Non vero verba illa profert dispositive, seu præceptive; quod ipsum ex eo patet; quia dum Imperator Instrumenti formulam ibi subnectit, ipse invocationis hujus non meminit.

Obji: 1. de validitate instrumentorum est, ut opponatur nomen Imperatoris regnantis, Consulis, annus, & dies; Ergo a fortiore debet is præmitti invocatio nominis Divini. *re. con. ant. dist. conf.* idque de honestate, decencia, & pietate, *con. idque de instrumenti solemnitate, ne. conf.* Diverſitatis inter hunc & priorem casum est, ut facilius per appositionem nominis Principis regnantis, Consulis, anni, diei, facta temporis combinatione, evanescant fraudes, quæ in instrumentis sæpe intervenire solent; ubi e contra his omiſſis, ex sola nominis Divini imploratione, ex non deteguntur commode; est enim Deus ab æterno.

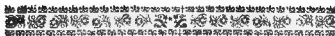
Atque ad Justiniani imitationem Carolus M. quem omnes Christiani Principes sequuntur, saltem per modum gratiarum actionum, præmittit suis Constitutionibus invocationem Divinam hac v. g. formula: Carolus Dei gratia, aut Divina favente Clementia, Romanorum Imperator. Solent autem verba illa Dei gratia, aliquando præponi nomini Principis v. g. Del gratia Carolus Romanorum Imperator, prout moribus in hoc, aut illo loco est receptum.

Quæst. 2. Cum, uti liquet, corpus Juris constet quatuor partibus: Digestis, Institutionibus, Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis. in concursum horum jurium, quale derogabit alteri? *re. I.* certum est, Novellas præferri cæteris juris partibus, eo quod sint jus postremum, ut merito subintret regula: posteriora derogant prioribus, Est enim posterior voluntas deliberata & enixa magis: sic *Novell. 18.* quæ de augmento legitimæ agitur, derogat Digestis, Institutionibus, & Codici Repetitæ Prælectionis. Modo uti notavi supra n. 25. in fin. pateat de voluntate Legislatoris, quod corrigere priora posterioribus voluerit.

- 41 *re.* Secundo: Idem esse observandum circa Digesta, & Codicem Repetitæ Prælectionis. Nam Constitutiones omnino novæ, & quinquaginta Decisiones Justinianæ derogant Digestis.
- 42 *re.* Tertio; Et si Institutiones, compositione sint posteriores, non tamen derogant digestis. Ratio est, quia Digesta, & Institutiones una die vim & robur obligandi acceperunt, ergo inter hæc duo jura non datur prius, nec posterius; Præterea ad hoc, ut jus posterius derogat priori, requiritur, ut jus posterius sit priori contrarium; Atque nec dici potest, quod hæc duo jura sibi sint contraria; siquidem Institutiones, utpote pleraque sui parte, desumptæ ex Digestis, sunt quidem Digestorum elenchus: ergo non possunt esse Digestis contrariæ, et si Institutionum paragraphi, utpote succincti, sui interpretationem ex Digestis non raro exigant. Exemplum occurret *de Rer. Div.* Qui profecto supplendus est. *L. 7. §. 7. ff. de Acquir. Rer. Dom.*
- 43 Limitatur conclusio, nisi ad Institutiones aliquid esset relatum ex nova Justiniani Constitutione, aut quinquaginta Decisionibus. tunc enim, quemadmodum illæ Constitutiones, & Decisiones derogant Digestis, ita Institutionum paragraphi Digestis præferendi sunt. Sic §. 2. *In l. de Adopt.* desumptus ex *L. pen. Cod. eod.* derogat legibus Digestorum in materia adoptionis. Cæterum facile est distinguere, quando paragraphus Institutionum desumptus est ex nova quadam Constitutione, aut Decisione, Etenim ipse paragraphus novæ Constitutionis, aut Decisionis meminit. Duri autem tales paragraphi in Institutionibus, colligitur *Præf. 2. §. 11. vers. Admonuit.*
- 44 *Not.* I. Digesta continent titulos, leges, paragraphos, & versiculos; allegantur vero per litteram D. P. aut per Græcum *π. α.* aut per *ff.* quod postremum signum usitatum est. Institutiones continent titulos, paragraphos, & versiculos, allegantur simplici I. aut *Inst.* Codex repetitæ prælectionis habet titulos, Leges, paragraphos, & versiculos, allegatur simplici C. aut *Cod.* Novellæ continent capita, paragraphos, & versiculos, Prævio earum numero allegantur simplici N. vel *Nov.* vel *Novel.* Interdum allegantur textus; nulla facta mentione Digestorum, aut Codicis, v. g. *L. sed. si 24. de Pañ.* Et tunc subintelligenda sunt Digesta utpote pars Corporis Juris uberrima. Authentice vero, quæ, in recensioribus juris editionibus immixtæ sunt Legibus Codicis Repetitæ Prælectionis, diversis tamen litteris expressæ; allegari solent per sua verba initialia, & tituli rubricam, v. g. *Auth. Habit. Cod. Ne filius pro patre.*

Not. 2. olim studioso juris fuisse præscriptum quadriennium: Justinianus 45 quinquennium requisivit. *Præf. 1. ff. ad Theophilum, Doratheum &c. Omnem* §. 2. & seq. Et quidem olim primi anni juris studiosi vocabantur *Dupondi*, hodie *Justiniani*, *Novi*: secundo anno adiniscuntur ad secundam, & tertiam partem Digestorum addiscendam; & tunc studiosi ab Edicto vocantur *Edictales*. Tertio anno absolvant quartam partem Digestorum, & acutissimi Papiniani libros, & dicentur *Papinianiste*. Quarto anno absolvant cæteras Digestorum partes, & tunc appellabuntur *Lytæ*, quod habiles habebantur ad solvendas juris controversias. Quinto anno studeant Codicibus: & tunc dicentur *Prolytæ*, siquidem tunc soluti erunt legibus studiorum. Cæterum nota: Tertio sæculo a Christo nato tres florere scholæ juridicæ, Romæ, Constantinopoli, & Berythi, hoc privilegio munitæ, ut non liceret, alibi jus docere. *Præf. 1. ff. ad Theoph. Doratheum, Theodorum.* §. 2. 3. 4. 5. Heinec. *Antiq. Rom. Lib. 1. tit. 25. n. 20. & seqq.*





## BIBLIOPOLA LECTORI.

**H**ic prodit e prælo nostro JOHANNIS GEORGII KEES *Commentarius ad Institutiones Justinianeas*. Liber jam multoties typis mandatus, facili expeditaque venditione in Portugallia, Hispania aliisque regionibus distractus est. Quod autem hanc editionem attinet, eam nulli priorum imparem esse dicimus citra arrogantiam. Quod mendis est repurgata, quod typis nitidis chartaque pura præstat, certior quisque visu fiet. Sunt quædam, nec inconsulto, leviter mutata: nimirum quæ germanico idiomate interspersa erant, ea latinæ orationi sunt adæquata, ne lectori germanicæ linguæ ignaro molestum contingat illorum desiderium. Ad calcem porro libri, habes appendicem, de modo legendi & scribendi citationes utriusque juris.

## INDEX TITULORUM

## LIBRI PRIMII.

I. De <i>Iustitia</i> & <i>Jure</i>	pag. 1	XV. De <i>Legitima agnatorum Tutela</i> ,	129
II. De <i>Jure Naturali</i> , <i>Gentium</i> , & <i>Civili</i> ,	11	XVI. De <i>Copitis dominations</i> ,	131
III. De <i>Jure Personarum</i> ,	37	XVII. <i>Legitima Patrum omni Tutela</i> ,	133
IV. De <i>Is civis</i> ,	39	XVIII. De <i>Legitima Parentum Tutela</i> ,	134
V. De <i>Libertatis</i> ,	40	XIX. De <i>Fiduciaria Tutela</i> ,	<i>ibid.</i>
VI. <i>Quibus ex causis manumittere non licet</i> ,	42	XX. De <i>Actuibus Tutoris</i> , & eo, qui <i>ex lege Julia</i> , & <i>Tutela datur</i> ,	<i>ibid.</i>
VII. De <i>Lege Falsa</i> <i>Crimina tollenda</i>	48	XXI. De <i>Autoritate Tutorum</i> ,	137
VIII. De <i>His</i> , qui <i>sui</i> , vel <i>alium</i> <i>Juris</i> <i>sunt</i> ,	<i>ibid.</i>	XXII. <i>Quibus modis Tutela finitur</i> ,	143
IX. De <i>Patria Potestate</i> ,	52	XXIII. De <i>Curatoribus</i> ,	146
X. De <i>Nuptiis</i> ,	54	XXIV. De <i>Satisfactione Tutorum</i> , & <i>Curatorum</i> ,	148
XI. De <i>Adoptionibus</i> ,	106	XXV. De <i>Excusationibus Tutorum</i> & <i>Curatorum</i> ,	150
XII. <i>Quibus modis Jus patrie potestatis solvitur</i> ,	115	XXVI. De <i>suspensis Tutoribus vel Cu-     ratoribus</i> .	161
XIII. De <i>Tutelis</i> ,	118		
XIV. <i>Qui Testamento Tutores dari possunt</i> ,	125		

## INDEX TITULORUM

## LIBRI II.

I. De <i>Rerum divisione</i> , & <i>acquirendo ipsorum Domino</i> ,	171	IX. <i>Per quas Personas cuique acquiratur?</i>	291
II. De <i>Rebus corporalibus</i> , & <i>incorporalibus</i> ,	225	X. De <i>Testamentis ordinandis</i> ,	295
III. De <i>Servitutibus rusticarum</i> , & <i>Urbanorum praediorum</i> ,	227	XI. De <i>Testamento militari</i> ,	308
IV. De <i>Usu fructu</i> ,	238	XII. <i>Quibus non est permixtum facere testamentum?</i>	311
V. De <i>Usu</i> & <i>Habitatione</i> ,	248	XIII. De <i>Exheredatione liberorum</i> ,	314
VI. De <i>Usucapionibus</i> , & <i>longi temporis Praescriptionibus</i> ,	250	XIV. De <i>Hereditibus instituendis</i> ,	323
VII. De <i>Donationibus</i> ,	273	XV. De <i>Vulgari substitutione</i> ,	328
VIII. <i>Quibus alienare licet</i> , vel <i>non?</i>	286	XVI. De <i>Propriariis substitutionibus</i> ,	336
		XVII. <i>Quibus modis Testamenta inferuntur</i> ,	346
		XVIII.	

XVIII. De Insuperio Testamento,	351	XXII. De Lege Falcidia,	389
XIX. De Heredum Qualitate & defici- rentia,	361	XXIII. De Fidei - commissariis Here- ditatibus, & ad Senatui - Consultum Tribonianum,	394
XX. De Legatū,	365	XXIV. De singulis rebus per filios con- missum velitis,	399
XXI. De Adoptione, & Translatio- Legatorum,	388	XXV. De Codicillis,	401

## INDEX TITULORUM

## LIBRI III.

I. Cum XIII. seque De Hereditatibus que intestato deferuntur,	406	XXIII. De obligationibus, ex consen- su,	496
XIV. De obligationibus,	430	XXIV. De Emptione & Venditione,	497
XV. Quibus modis Res contrahitur obli- gatio,	442	XXV. De locatione, & Conductione,	508
XVI. De Verborum obligationibus,	463	XXVI. De Societate,	521
XVII. De duobus Res stipulandi, & promittendi,	471	XXVII. De mandato,	526
XVIII. De stipulatione Servorum,	473	XXVIII. De obligationibus, que ex Quasi Contractu nascuntur,	534
XIX. De Divisione Stipulationum,	475	XXIX. Per quas Personas nobis obli- gatio acquiritur,	540
XX. De Inutilibus Stipulationibus,	476	XXX. Quibus modis tollitur obligatio,	541
XXI. De Fidei-Jussoribus,	485		
XXII. De Litterarum obligationibus,	493		

## INDEX TITULORUM.

## LIBRI IV.

I. De obligationibus, que ex delicto nas- cuntur,	549	X. De iis, per quos agere possunt,	689
II. De Vi honorum raptorum,	560	XI. De Satisfactionibus,	690
III. De Lege Aquilia,	563	XII. De Perpetuis, & temporalibus ac- tionibus, & que ad heredes, & in heredes transeant,	693
IV. De Injuriis,	570	XIII. De Exceptionibus,	696
V. De Obligationibus, que ex quasi de- licto nascuntur,	580	XIV. De Replicationibus,	700
VI. De Actionibus,	584	XV. De Interdictis,	701
VII. Quod cum eo, qui in aliena Potestate est, negotium gestum esse, dicatur,	672	XVI. De Pona temere litigantium,	731
VIII. De Nomine Actionibus,	684	XVII. De Officio Judicis,	733
IX. Si Quadrupes pauperum fecisse di- citur,	686	XVIII. De Publicis Judiciis,	735



# INSTITUTIONUM DIVI JUSTINIANI LIBER PRIMUS.

## TITULUS PRIMUS DE

## JUSTITIA ET JURE

### SUMMARIA.

- 1 Rubrica de Justitia & Jure bene concepta est.
- 2 Delinuntur argumenta contraria.
- 3 Quid sit Justitia?
- 4 Qualis definita sit, Divina, an humana?
- 5 Quotuplex sit?
- 6 Particularis dicitur esse definita, non Universalis.
- 7 Solvuntur objectiones.

- 8 Quid sit Justitia commutativa?
- 9 An observetur in illa proportio Geometrica, an Arithmetica?
- 10 In impositione penarum observatur proportio Arithmetica.
- 11 Definitur Jurisprudencia.
- 12 Quot sint praecepta Juris?
- 13 In suum corpus non licet scire.
- 14 Solvuntur argumenta contraria.
- 15 Jus aliud publicum, aliud privatum.
- 16 Quid publicum?
- 17 Quid privatum?

**S**olenter & congruenter unam primam de Justitia inscribi dixeris; quia haec est sine intrinsecus nostrae artis, ut in qua-

*Est ad 1*

vis disciplina & arte recte perfecte; quo tradenda primum exquirendus est, ad quem omnis alio, mentis contemplatio dirigatur.

*A*

*Dixi*



Dixi *seis intrinsecus*; extrinsecus enim est tranquillitas publica, civumque subditorum salus juxta vulgatum illud: Salus publica suprema lex esto. *Manz. huc. n. 3. Et 4.*

Quæres primo, an rubrica hæc bene concepta sit? Sunt, qui negent; atque doceant, quod continentur rubricæ inscriberetur de Jure & Justitia, quemadmodum Theologi id faciunt. Idovelatur, quia Jus est objectum Justitiæ, sed objectum prius est illo, cujus est objectum: ergo Jus est prius Justitiæ; *minor pars*, quia unicus objectum debet prius existere, quam illud, cujus est objectum, quia ab hoc primo in objectum debet eligi.

- 1 Verum hoc non obstante teneo, rubricam recte & bene conceptam esse. *Ita Harp. huc n. 5. Schamb. huc pag. 23. Hum. var. resol. pag. 25. q. 8.*

Probat ex l. 1. de J. Et J. ubi dicitur, *Jus a Justitia appellari*. Si itaque Jus descendat a Justitia, sequitur, quod Justitia prior sit Jure, sicut mater, ex qua descendit filius, debet prior esse filio.

- 2 Pro solutione rationis dubitandi sciendum est, vocabulum *Juris* dupliciter sumi, primum pro iusto, & æquo, & secundo pro arte Juris. Primo sensu acceptum, Jus est prius Justitiæ; quia Justitia est habitus inclinans voluntatem ad id agendum, quod iustum & æquum est, ergo Justitia posterior est Jure; quia ratio dicit, id prius esse, quod est objectum, & ad quod inclinat, quam id, cujus est objectum, & quod inclinat.

Jus acceptum in secundo sensu, posterius est Justitiæ; quia omnis ars posterior est illi re, quæ docetur; cum ergo Jus sit ars boni & æqui,

L. 1. ff. h. t. id est modus demonstrativus, quemodo justitia tractari debeat, igitur sequitur, quod sit justitia posterius, utpote quæ docetur, id enim, quod ostenditur, prius est quam id, quod ostendit, *Zosf. ff. h. t. n. 3.* adeoque Jus pro arte Juris acceptum habet pro objecto Justitiæ, atque objectum est prius eo, cujus est objectum: ergo Justitia est prior Jure. *Hornig. h. t. n. 9.*

### AD PRINCIPIMUM.

**D**efinitur Justitia, quod sit con- 3  
stant & perpetua voluntas Juri  
suum cuique tribuendi, *text. hic, Et  
l. 10. ff. h. t. l. ly voluntas* ponitur  
loco generis, ut denotetur, actus  
Justitiæ debere esse voluntarios; quia  
is non dicitur iustus esse, qui casu  
iuste facit, vel metu potius coactus.  
Deinde *ly voluntas* non accipitur pro  
ipsa potentia volitiva, sed habitu  
voluntatis: Non enim iustus est,  
qui vult iuste agere, sed qui & vult  
iuste agere, & simul iuste agit, nec  
unquam aliter vult agere. Sic licet  
sit centes istum actum voluntatis  
eluciat: restitui ablatos centum; si  
eisdem non restituit, actus iustus  
non est.

Non adversetur primo: Male Justitia dicitur esse voluntas; quia Justitia est aliud; actusque denotatur; ergo genus Justitiæ laborat vicio. Respondetur enim, distinguendo antecedens: male dicitur Justitia esse voluntas, si *ly voluntas* accipitur pro ipsa potentia volitiva, concedo; si intelligatur pro habitu voluntatis, quatenus aliquis vult iuste agere, iustus agit, nec unquam aliter vult agere. Ergo antecedens, & consequentium.

Noq

Non adversatur secundo, male definitur Justitia, quod sit constans & perpetua voluntas, cum solius DEI voluntas sit constans & perpetua; homo autem propter lubricos affectus facile a iusti ratione traduci possit, cum nihil in homine stabile sit, Nov. 7. cap. 2. Respondetur enim ex eo, quod actu ipso iustus non semper iustitiam exerceat, sed quandoque ob carnis imbecillitatem atque humane nature fragilitatem in devia labatur, non sequi male Justitiam definitur: sufficit enim Iustum aliquem esse habitu & voluntate, quatenus scilicet firmo & constanti animo agit, & nunquam aliter vult agere. Mart. loc. cit. 15. Ubi docet, perpetuum dici non tantum id, quod re ipsa tale est, sed quod ex trahente hominis; quemadmodum in principio procerum diximus, Imperatorem semper esse augustum, non quod semper augeat imperium actu ipso, sed quod debeat esse ejus voluntas & propositum augendi perpetuum. Sic matrimonium dicitur individua vite consuetudo, licet aliquando fiat divorcium; sufficit enim mentem contrahentium talem fuisse, ut perpetuo convivere, & nunquam velint ab invicem discedere.

Dividitur primo Justitia in Divinam & humanam. Illa est, quæ in Divina mente residet. Hæc inter homines invenitur.

4. Quæres secundo: an definitio Justitiæ concernat divinam, an vero humanam? Dixeris prima fronte, divinam. Primo, quia constans & perpetua voluntas est in solo Deo, non etiam in homine; ergo Justitia Divina definita est.

Secundo, DEUS dixit per os Sa-

lomonis. *Mens est operi, quod reges regunt, & legem conditoris; iusta decernunt*; ergo definitur justitia divina.

Terno. Iuræ consulti dicuntur esse Sacerdotes 1. 1. §. h. 2. Nemo autem Sacerdos esse dicitur, nisi rei Divinæ: ergo loquitur de Justitia Divina.

His in e contrario nihil remanentibus tenendum est, definitam esse justitiam humanam. Ita Henr. For. resol. q. 2. in princ. Zed. §. h. 1. n. 11. Harp. loc. cit. 40. Ching. q. 2. b. 1. Schenk. loc.

Ratio primæ, quia Justitiam in 1. 10. §. h. 2. definitur Ulpianus hominū gentilis & Ethnicus, qui divinam Justitiam ignoravit, ac proinde eam definire non potuit.

Secundo, quia illa Justitia definita est, quæ informat homines, quomodo se in republica pro conservanda quiete gerere debeant; sed DEUS informatione non indiget, ergo.

Terno Ulpianus in d. l. 10. illam Justitiam definit, quam homines assequi possunt; ergo humanam definit, cum divinam homo assequi non possit.

Ad primam dubitandi rationem patet solutio ex dictis; quia non desideramus pro Justitia voluntatem constantem & perpetuam physice, sed moraliter & in sensu accommodato. Quamvis proinde homo a via Justitiæ deflectat, & suam cuique non tribuat, id tamen non sit vitio Justitiæ, sed ex perversa hominis natura. Ideo lapsus hominis non imputandus est virtuti Justitiæ, sed perversæ hominis nature, quam Justitia ad suam cuique tribuendum semper inclinat.

Secundum argumentum plus non probat, quam quod Justitia quo ad originem divina sit: sicut enim omne

A 2 bonum

bonum a DEO est, ita etiam iustitia. Deinde sequeretur, nullam dari iustitiam humanam, sed omnem iustitiam divinam esse, cum omnis iustitia a DEO sit.

Tertium exinde ruit, quia Iuris Consulti tantum per similitudinem quandam appellantur Sacerdotes: Sicut enim Sacerdotes sunt Interpretes religionis, Denique cultus, ita Iuriconsulti dicuntur interpretes boni & equi.

Dividitur secundo Iustitia in *universalem* & *particularem*: Universalis est complexus omnium virtutum pertinentis ad ea omnia, circa quæ vir bonus versari debet. Et hæc Iustitia cum omni alia virtute concurrit, & accipitur pro obedientia universali erga omnes leges, divinas & humanas, naturales & civiles, quo sensu.

*Iustitia in sese virtutes continet omnes.*

Particularis est, quæ hominem primario inclinat ad perpetuo suum cuique tribuendum. Dicitur cuique, id est, alteri a se in individuo; proprium enim Iustitiæ particularis modum & officium est extra se agere, & suum cuique, id est, alteri a se debitum tribuere. Quare in hoc differt a Iustitia universali, quæ est virtus, quæ principaliter ad intra agit, & seipsam respicit non tertium v. g. prudentia in prudente.

Quæritur tertio, quæ Iustitia an universalis, an particularis hic definita sit?

Sunt, qui universalem definiunt statuant, quibus se adiungit *Hæm. var. resol. in princ. q. 3.*

Movetur primo: quia in Iure nostro non tantum præcipitur, ut suum suum cuique tribuatur, sed etiam

præcipitur, ut quis temperantiam studeat, non committat adulterium, nec utatur libidine sine recta ratione, ut patet ex tit. de adul. deinde insuper in Iure præcipitur id, quod est mansuetudinis, ut non pullare, non convicia dicere *tit. de usur.* ergo non est definita Iustitia particularis, sed universalis.

Secundo. Hinc Iustitia est salus & tranquillitas reipublicæ; sed salus & tranquillitas reipublicæ ex eo solo, quod ius suum cuique tribuat, extrinsecus non potest, nisi simul prohibeantur adulteria, stupra &c. ergo Imperator, qui salutem & tranquillitatem reipublicæ promovere voluit, non videtur voluisse definire Iustitiam particularem, sed universalem.

Hinc non adversantibus verius est Iustitiam particularem hic definitam esse. *Schemb. luc. Zosif. f. h. t. n. 16. clariff. DD. Franz. Inst. b. t. n. 11.*

Ratio sola & unica, quia dicitur in definitione: *Ius suum tribuendi cuique*, id est alteri a se. Jam hoc est soli Iustitiæ particulari proprium; reliquæ enim virtutes principaliter ad intra sunt, & se ipsas respiciunt, atque hominem perficiunt in se, sicut prudentia in prudente. non vero respiciunt tertium, & non perficiunt hominem ad jus suum cuique tribuendum. Quare Aristoteles recte dixit: *Altemum bonum ipsa Iustitia sola ex omnibus virtutibus est habetur est est: cum sit ad alium; agat enim ad ea, quæ ab eo vel, Principe, vel reipublica consentiunt, ac si vellet dicere, ceteras virtutes utentes pro, non esse, Iustitiam autem communem & publicam. Pro fundamentum ergo capesse, soli Iustitiæ proprium esse, ut extra se agat, & suum cuique, id est, alteri a se debitum tribuat.*

tribuat. Hoc cum aliis virtutibus proprium non sit, ideo signa non est, quod Justitiamus, dicitur aut: *per jura cuique tribuenda*, Justitiam particularem designare voluerit.

Ad primum Respondetur, actus adu. uti, stupr. &c. & alios ejusmodi etiam in Jure nostro prohiberi, non agere in his hoc respectu, quatenus laesatur castitas, vel virginitas; sed quia etiam per adulterium uxoris laesum inferitur, hoc actum iniustitiamus de finem huius etiam in Jure precipimur, sed non precipimur, quia perficiuntur hominem in se, hoc est, faciunt hominem fortiter aut mansuetum, &c. ad intra agunt, sed quia sunt jura & iustitia, quia alius pulsato inferuntur injuria, & miles, qui locum in aere deserit, arma alijci, & sagae, passus jam finem non tribueret. Respondetur secundo, precipi in Jure nostro etiam alia virtutes, non quidem per se primario, sed secundario, ut facilius obineamus finem iustitiae particularis, ideoque ideo etiam actus aliarum virtutum imperantur, ne us contempnus Justitiae particularis finis impediatur.

Ad secundum eadem est solutio, quia adulteria prohibentur etiam in Jure nostro, sed non quatenus laesatur castitas, & homo per hanc perficitur in se incassus, sed quia uxori suae finem non tribuitur.

Dices, Ergo neque particularis Justitia est definita; quia etiam haec non est semper ad alios, sed etiam ad se: si enim quis sibi manum amputet, non alteri sed sibi facit injuriam, ergo iustitia particularis est etiam ad se Respondetur, falsum esse, amputando sibi manum, alteri non fieri injuriam, quia vel uxori, vel liberis,

vel republicae, vel D<sup>o</sup>. si injuria, cum nemini sit memoriam suorum Dominus, Schaub. loc. cit.

Dividuntur tertio Justitia in commutativam, distributivam, & vindicativam.

Commutativa est, quae in commut. 8  
cuius, & rerum privatarum permutatione versatur, servata proportionem arithmetica. Distributiva est, quae praemii & officii pro cuiusque merito distribuendis versatur, servata proportionem geometrica.

Servari dicitur proportio arithmetica, si habetur respectus rei ad rem, siue quantitatis ad quantitatem, v. g. si equum emi 20. fl. in eadem ex iustitia commutativa teneor solvere, si 10. fl. furatus sum, teneor decem restituere, si centum promisi, teneor centum solvere.

Proportio Geometrica servari dicitur, quando habetur respectus rei ad personam v. g. miles gregarius, & bellicus si nihil occupant urbem manna, hoc in casu majori praemio afficitur bellidux, quam miles gregarius Chrys. q. 5. sic quoque in distribuendis officiis geometrica servatur proportio, majora enim nobis, d<sup>o</sup> quoque viro committenda sunt munus, quam ignavo inerteque.

Sine iustitia distributiva in sensu stricto & riguroso non est iustitia; quia subditi nullum habent jus ad officium, honorem, vel dignitatem; dixi: nullum habent jus, puta, quatuor. Hinc licet Princeps officium minus de quo contulerit, praeterito magis digno, non tamen tenetur ad restitutionem, iustitia vindicativa est, quae in puniendis delictis locum habet. Cleriff. D. Franc. l. 2. n. 29.

Quaerens quarto, obferretur in  
A 3 expo-

impositione poenarum proportio geometrica, an arithmetica? Respondetur, observari proportionem arithmetica.

- 10 Ratio: quia tunc observatur proportio Arithmetica, si in singulis servatur aequalitas, sed in impositione poenarum in singulis servatur aequalitas; ergo observatur proportio arithmetica. *Minor patet*, quia poena debet conmensurari delicto, & nec maior nec minor imponi.

Confirmatur, Ideo in emptione & venditione observatur proportio arithmetica, quia pretium respondet meriti; ergo etiam ideo in impositione poenarum observatur proportio arithmetica, quia poena respondet culpae.

Obijciunt: In impositione poenarum habetur respectus personarum quia gravior puniuntur servi, quam liberi, plebei, quam nobiles &c. ergo observatur proportio geometrica. Respondetur distinguendo; gravior puniuntur servi quam liberi gravitate materiali, concedo; formali; nego. Cuilibet poena secundum qualitatem delicti imponitur, ita ut tanta sit poena, quanta est culpa. Quod autem videatur inter poenam & culpam esse improportio, condito personae facit. Unde v. g. si rusticus & nobilis viro hocesto verbera impingant, neque gravior culpa est in rustico, quam nobili.

### §. JURIS PRUDENTIA 1.

- 11 **P**ost Justinianae definitionem Imperator Justinianus definit Jurisprudentiam, atque, quod sit divinarum, atque humanarum rerum notitia, iusti & iniusti scientia. Hoc est, Jurisprudentia est habitus intellectus,

quo quis cognoscit res divinas & humanas, non quidem eas in suis essentibus (hoc etiam Theologus & Philosophus relinquimus) contemplando, sed iustum circa eas administrando, atque ostendo, quid iustum quidve iniustum sit, illud ut faciamus, hoc ut fugiamus. *Def. §. h. 2. §.* Adeoque Jurisprudentia talis est notitia, quae tradit, quid in rebus Divinis v. g. rebus sacris, religiosis, sacris, & humanis iustum sit, atque iniustum. *Mora n. 2*

Obijciunt primo. Logica sive Philosophia est etiam rerum humanarum, & Theologia divinarum scientia, ergo male definitur Jurisprudentia. Respondetur, Philosophiam & Theologiam res humanas ac divinas non examinare ex regulis iusti, & iniusti, aequum ab iniquo separando, aut licitum ab illicito discernendo, sed in suis essentibus ac proprietatibus contemplando, adeoque diversus est Philosophiae & Jurisprudentiae finis, haec enim non intendit essentias rerum cognoscere, sed iustitiam de iis administrare.

Obijciunt secundo: Nulla definitio potest constare duplici genere; sed jurisprudentia modo arte, modo notitia, modo scientia, appellatur, ergo non videtur concinne definita. Respondetur, artem, notitiam, & scientiam invicem in jure confundi, & promiscue usurari.

### §. HIS ICITUR 2.

**T**radita jurisprudentiae definitione, Justinianus nunc declarat, quae docendi vel discendi ratione ejus cognatio comparari possit, atque, ut in, qui legibus scientur cognitionem docent,

docent, & jura populi Romani scire adhibent, a primis principibus exordium capiant de primo quidem levi, ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione exquisita singula tradant. Ratio est in ipso texto; quia alius infirmi adolefcentium, juvenumque animi multitudinis ac varietate rerum onerati, vel ex diffidentia quadam studium Juris penitus deserunt, vel propter difficultatem tardius, & cum magno labore ad cognitionem ejus pertingunt. Proinde non est vultu illi Juris Oceano temere se commitendum, sed a facilioribus & minimis incipendum, ut ad majora perveniamus; nemo enim repente fit summus, & qui vadit plane, vadit sane, *Schneid. hic.*

## §. JURIS 3.

**12** *Præcepta Juris tria sunt: Honeste vivere, alterum non ledere, Jus suum cuique tribuere.*

Primum itaque præceptum juris est *honeste vivere*, atque hoc præceptum ad uniuscujusque personam propriam pertinet, & præcipit, ut honeste, id est, temperate, verecunde, ac probe & cum virtute vivamus, omnesque nostras actiones, sermones, & cogitationes ita instituamus, quemadmodum lex & recta ratio solum. ne quid contra honestatem inconsulte, negligenter, aut temere cogitemus, dicamus, vel agamus, sed in omnibus vias actionibus non solum id, quod licet, sed id, quod honestum est, spectemus, *Schneid. & Manz. hic.*

Secundum præceptum est: *alterum non ledere.* Hoc præceptum pertinet ad injurias vel delicta, ut v. delicta aliquis ab illis abstineat, neminem in

corpore, rebus, vel fama sua offendat. *Manz. hic n. 12.* Ex hoc præcepto non in alterius damnum, sed etiam sui ipsius offensio prohibita est, nam, qui ex proposito vel metu criminis perpetrati se ipsum graviter ledit, vel, vulberat, capite puniatur. *L. 6. §. qui se vulneraverit ff. de re milit. ratio, quia nemo est suorum membrorum dominus. L. 13 ff. ad L. Aquil.*

Quæres quanto, an jure nostro civili homini libero liceat in suum corpus scire, sibi violentas manus vel vulnera inferendo?

Dixeris prima fronte, quod sic: Primo, quia præceptum Juris est, *alterum non ledere*, ergo argumento a contrario deductio (quod in jure est fortissimum & frequentissimum: *L. 1. §. 1. ff. de off. ejus, cui est mand. Jurisd.*) se ipsum ledere licebit: Ad quid enim alias diceret, alterum, si etiam seipsum ledere prohibuit esset.

Secundo, volenti non fit injuria, ergo licebit in suum corpus scire: quoniam in corpus alterius ideo scire prohibetur, ne alteri fiat injuria.

Tertio, per *L. 9 §. si ipse servus 7. ff. de pectus* ubi expresse dicitur, *licere etiam servis naturaliter in suum corpus scire.* Ex quibus verbis colligitur, idem licere homini libero, ex duplici argumento. primo, quia dicit Jurisconsultus *etiam hoc licere servis*, quæ verba implicativa sunt, atque innuunt, præter servos alios esse, quibus hoc idem permittatur. Secundo textus ait, *naturaliter* hoc servis licere, hoc est, Jure naturæ. Jus enim naturæ omnibus perquam convenit, & hominibus liberis commune est cum servis *L. 32. ff. de R. J.* ergo si servo in corpus suum licet scire,

servire, multò magis licebit libero, quia servus minus ut membris suorum dominus quam liber.

13. Haec non obliuiscibus, prebo sententiam, quæ docet, non licere in suum corpus servare. Ita *Harp. u. 10. bl. Huni v. r. ref. pag. 15 q. 17.*

Primo, quia præceptum divinum generale est; ne occides id est, neque te, neque alium, ergo, cum præceptum non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Secundo, quia ob charitatem & justitiam prohibetur homicidium: atque contra istam charitatem, vel maxime ille peccaret, qui se ipsum occideret, imò gravius peccaret aliquis, se ipsum occidendo, quam alterum, quia quisque sibi proximus est, & amor incipit a se ipso, ergo &c.

Tertio, quia gravissima pena in illos constituta est de jure civili, qui se ipsos vulnerant, aut mortem sibi concutunt *l. 6. §. 7. de re milit.* quomodo ergo adversarii audent alserere, jure civili permissum esse, in corpus suum servare; cum jus civile servienti gravissimam poenam dicit?

Quarto, quia nullus est suorum membrorum Dominus, aut se Ulpiano in *l. 3. ff. ad leg. Aquil.* Unde & passim Theologi docent, hominem non esse Dominum, sed solum Custodem viæ suæ & membrorum suorum, Dominum autem horum esse apud Deum. *Harp. u. 12.*

24. Ad primum respondeo, argumentum a contrario nunquam procedere, quando expressa legis dispositio resistit in contrarium: aut aliquid absurdum acquirit, quod utrumque hæc in loco accidit, uti ex argumens pro nostra sententia adductæ patet. *Harp. u. 17.*

Ad secundum respondeo, hoc axio-

ma: *Volenti non fit injuria.* Non esse generantia & abiciunt, sed secundum quid accipientium, quod videlicet volenti non fiat injuria ad hoc, ut actio injurarum competat.

Deinde negatur suppositum, quod in injuriam sibi ipsi inferendam quis consentire possit: voluntas enim per legem subacta est, atque adeo licet sibi vulnerando, v. g. corpus, vel se interficiendo non faciat injuriam, facit tamen cruciatu, vel magistrali injuriam, qui mendacio atque ovis spolatur. *Hun. var. ref. loc. cit.*

Ad tertium respondeo, particulam *etiam* non esse implicativam, si ex implicatione hac aliquid absurdi sequeretur.

Deinde servo licet naturaliter in suum corpus servare, nam, ut Dominus damnum sibi inflatum propter hoc non possit deducere de peculio: non autem sic servo licet in corpus suum servare, ac si illud simpliciter de jure naturalis & civilis permittitur: adeoque sensus est talis: naturaliter servo licet in corpus suum servare ita, ut inspecto jure naturæ damnum sibi inflatum non possit deduci a Domino. Accedit secundo, quod in *art. l. 9 §. 7. naturaliter* non juxta significet, ut sensus sit, jure naturæ servo licet lædere in corpus suum servare, sed significat idem, quod ipso facto, *Et vere sua revera* licet servo in corpus suum servare quemadmodum *ly naturaliter vere* & cum effectu significat in *l. solut.* Ubi dicitur pecuniam solvi naturaliter, id est vere & cum effectu. Adcoque sensus legis est, servo licet vere, & cum effectu in corpus suum servare, ita, ut damnum sibi inflatum Domino de peculio deducere non possit. *Harp. & Hun. loc. cit.*

Tertium

Tertium praeceptum est, *suum cuique tribuere*, hoc praeceptum res & facultates concernit, ne quis a ceterum vel contrahendo, vel permutando deceptus sit, sed suam cuique tribuat, siue parva aliquis sit afficiendus, siue praemio remunerandus.

Obicitur primum. Jure nostro permixtae sunt concubinae. L. 3. l. ult. ff. de Concub. Ergo primum praeceptum Juris cespitat. Respondetur: Jure nostro permixtae sunt concubinae ex justa causa, puta, majoris mali evitandigratia: concedo *antecedens*. Contra justam causam: nego *antecedens* & *consequentiam*; Jus nostrum non praecepit concubinationem, sed solum non prohibet, & tolerat, longè majoribus malis & delictis obviam ire cupiens, & inter duo mala minus eligens, scilicet permittendo stupra, ne committantur adulteria aut incestus.

Urges: Non licet malum committere majoris mali vitandi causa: ergo neque licet malum permittere evitandi majoris mali causa: Respondetur, concedo *antecedens*, nego *consequentiam*. Disparitas est, quia nefas, vel delictum de se committere est intrinsecè malum, adeoque in nullis circumstantiis potest inducere normam & rationem boni. At permittere nefas de se non est malum, adeoque potest in circumstantiis quibusdam in lucem rationem boni, puta, si conditio fragilitatis humanae & morale periculum majoris mali ita exigat.

Obicitur secundò. In jure nostro permixtum est alterum in contrahendo circumvenire. L. 16. §. 4. ff. de minor. Ergo tria juris praecepta non subsistunt. Respondetur, distinguendo antecedens. In jure nostro permis-

sum est alterum circumvenire intra laetudinem justii pretii, hoc est, summi, medi, & infimi, concedo antecedens, extra hanc latitudinem, nego antecedens & consequentiam.

Institas: jus nostrum permittit, ut, quod minoris est, vendatur plura. L. 22. §. 3. ff. locati: Ergo permittit circumventiones injustas. Respondetur, distinguendo antecedens: permittit intra terminos justii pretii: concedo, extra terminos justii pretii: nego antecedens & consequentiam.

#### §. Hujus Studii. 4.

Videtur, quid sit jus, Justitia, & jurisprudencia; superest, ut expendamus, quocumque sit jus: Ex sic Imperator hic, duas ejus esse positiones.

Aliud scilicet esse jus publicum, & aliud privatum. Jus publicum est, quod ad statum rei Romanae pertinet, siue, ut accuratius loquar: Jus publicum est, quod pro hinc suo proximo habet bonum commune totius reipublicae. Haec pertinent sacra, aedificantes & Magistratus. L. 1. §. 2. ff. de iur. iur. n. 4. Ita n. conventiones publicae, pax, sacra, legationes &c. Harp. n. 4.

Privatum est, quod pro sine suo proximo habet bonum & utilitatem singulorum ac privatorum.

Divi: pro sine suo proximo. Nam tam jus publicum, quam privatum secundario etiam redundat in alterius utilitatem. Sic etiam omnium privatorum interest, habere Ecclesias. Nov. 17. cap. 4. habere Sacerdotes, qui sacra ministrent, habere Magistratus, qui iura reddant.

Item mulieres esse dotatas reipublicae interest, id tamen non est juris publici,



publici, sed privati tantum, quia do-  
tari esse, primario mulieris vel ma-  
rei, secundario autem reipublice in-  
terest. *Schom. hic Harp. n. 7.*

Præ variis juris dicuntur dominica & po-  
testas, tutela, & dominia rerum pri-  
vatarum, ultimæ voluntates, & hæ-  
reditates, contrahus, servitutes, do-  
tes, actiones &c. ratio, quia hæc om-  
nia proxime respiciunt utilitatem pri-  
vatorum. Dico proxime, quia secundario  
divitiarum proxime respiciant utilitatem  
subditorum, tamen etiam secundario  
interest reipublice subditos esse locu-  
pulos, ut tributa & pensiones recte sol-  
vi, & in casu necessitatis reipublicæ  
auxilium præstari possit. *Maur. n. 9.*

- 17 Dices: omnia jura sunt publica;  
ergo male distinguitur jus in publi-  
cum & privatum. Respondetur, distin-  
guendo antecedens. Sunt publica quoad  
causam efficientem, quia jura non nisi  
ab eo, qui publicam potestatem ha-  
bet & auctoritatem, constituuntur:  
concedo antecedens; sunt publica quo-  
ad materiam, finem & utilitatem, no-  
go antecedens & consequentiam. *Maur.  
num. 10.*

#### AD VERS. DICENDUM.

**R**ELICTO jure publico, ait impera-  
tor, quod de jure privato agere  
velit. Ratio esse videtur, tum quia,  
non cognoscitur prius jure privato, Jus  
publicum diffinitur capi potest, tum  
quia Juris Studioli raro interrogantur  
de jure publico, cum potius ad illos  
pertinere videatur, qui excelsis in au-  
lis dignitates possident, *Harp. n. 10  
Maur. n. 19.*

Dices: Tutela est juris publici. *L.*

9. ff. de hæc, qui sui vel alienis Juris.  
Testamenti factio est juris publici.  
l. 3. ff. de his, qui testantur. fac. poss.  
atque Imperator aq. ad Institutiones  
de tutela & testamento: ergo aq. de  
jure publico. Pro solo: melius sub-  
jectionis sciendum est dupliciter, scilicet  
aliquid dici esse juris publici. Primum:  
quatenus aliquid spectat ad statum rei  
Romane. Sic Magistratus, Sacerdo-  
tes & sacra dicuntur esse juris publi-  
ci. *L. 1. §. 2. ff. de i. s.* Secundum: qu-  
atenus aliquid ita dependet à jure pub-  
lico, ut in privatorum potestate non  
sit. Et in hoc sensu tutela & testa-  
mentum dicitur esse juris publici, quia  
tutorem dandi, & testamentum faci-  
endi potestas non tribuitur privato-  
rum voluntate, aut conventionione, sed  
cuique hæc potestas à jure publico,  
& legibus conceditur. Et exinde ena-  
ta est præsentia, quod ea, quæ sunt  
juris publici, privatorum conventio-  
ne mutari nequeant. *L. 27. ff. de R. J.*  
His observatis levi brachio argumen-  
tum nobis objectum eluseris. *Maur.  
n. 24.*

#### AD VERS. COLLECTUM. EST.

**J**US privatum tripartitum est, &  
collectum ex præceptis, aut na-  
turalibus, aut gentium, aut civilibus.  
Ratio hujus tripartitæ divisionis est,  
quia jura hominis causa sunt consti-  
tuta. Homo autem consideratur potest,  
vel ut animal; & eo respectu subest  
juri nature: vel ut homo, à cæte-  
ris animalibus usu rationis distinctus;  
& sic agnoscitur jus gentium: vel ut  
civis; & hac consideratione subjacet  
Juri civili. *Maur. hic, num. 27.*

## TITULUS SECUNDUS.

## DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

## SUMMARI A.

- 1 Definitur Jus naturale.
- 2 Brevis non nisi formaliter.
- 3 Resolvuntur objectiones.
- 4 Quid sint alia Jus naturalis.
- 5 Quid naturales tantum?
- 6 Edere, bibere, dormire sunt a Jus naturales.
- 7 Definitur Jus gentium.
- 8 Quomodo differat a Jus naturali.
- 9 Recensentur exempla Juris gentium.
- 10 Divisio Juris gentium.
- 11 Que non admittit.
- 12 Proferuntur a gentia contraria.
- 13 Distinguitur Jus civile.
- 14 Traditur ejus divisio.
- 15 Quid sit lex relatè spectata?
- 16 Monarchia reliquis republicis statibus prestat.
- 17 Lex penalis quid sit?
- 18 Requiritur legi adferuntur.
- 19 Debet esse justa.
- 20 Stabilis.
- 21 Publice promulgata.
- 22 Non obligat ante promulgationem.
- 23 Accepti non subditi non requiruntur.
- 24 Dissolvuntur objectiones.
- 25 Neque scriptura.
- 26 Salvantur a gentia contraria.
- 27 Efficitur legi quia sit?
- 28 Lex penalis non obligat ante sententiam.
- 29 Definitur Plebisactum.
- 30 Item Senatus Consultum.
- 31 Constitutio Principis, alia generalis, alia specialis.
- 32 Quid sit Rescriptum?
- 33 Quid Decretum?
- 34 An jus juris universalis habeat?
- 35 Edictum quid sit?
- 36 Aliud reale, aliud personale.
- 37 Privilegia Doctoratus qualia sint?
- 38 Divisiones privilegii.
- 39 Quando sit statum effectum?
- 40 Privilegiatus contra Privilegiationem quando sub privilegio utatur.
- 41 Privilegia quomodo mutantur?
- 42 Edicta Prætorum defumuntur.
- 43 Item responsa prudentum.
- 44 Quomodo effectum habent?
- 45 Consuetudo defumuntur.
- 46 Divisio ejus.
- 47 Requiritur ejusdem.
- 48 Per unum a Jus successivum introduci potest.
- 49 Resolvuntur objectiones.
- 50 Per alius metu extorset.
- 51 Item iura faciliatim.
- 52 Aut erroneos non admittuntur.
- 53 Bene verò per alius iudiciales & extrajudiciales.
- 54 An per a Jus peccaminosum?
- 55 Satura Principis ad illam non requiruntur.
- 56 An jus naturale sit immutabile?
- 57 Respondetur ad objectiones.
- 58 Jus civile tantum esse.
- 59 Objectionum juris triplex est.

## C O N N E X I O.

Dictum est in fine præcedentis tituli; Jus privatum Romanorum collatum esse ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus; superest, ut inquiramus, quid horum quolibet sit.

## AD PRINCIPIMUM.

**Q**Uæritur hic, quid sit Jus naturale? Respondet Imperator, esse illud, *quod natura omnia animalia docuit*, hoc est, Jus naturale illud dicitur, quod non tantum in homines cadit sed etiam in bruta, & ut ait Imperator, non humani duntaxat generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, hoc est in ære, veluti aves, quæ in terra, veluti feræ bestiæ, quæ in mari, id est in aquis, veluti pisces nascuntur. Videmus enim multos actus, quos non homines tantum sed & bruta faciunt, ut & his Jus naturæ quodammodo inesse videntur. Dico quodammodo, hoc est improprie, anaphorice, & similitudine quidam, quia videlicet bruta ad similitudinem hominum idem subinde faciunt, quod homines. Hujus rei exempla hic in principio tria prostant, puta, maris & femine conjunctio, liberorum procreatio, & educatio. Non enim homines solummodo, sed & bruta ex instinctu quodam naturali inter se conjunguntur, progenerant, & educant. Alio tamen modo id faciunt homines, alio bruta. Illi cum temperamento & ductu rationis, Hæc ex solo impulsu & instinctu naturali, ut brutis Jus naturale materialiter, hominibus formaliter inesse dicitur. Quod ut redderet luculentius,

**2** Observa, *Materialiter* Jus naturale illis dici inesse, qui ex mere impulsu atque impetu naturæ aliquid agunt. *Formaliter* verò jus naturale illis inesse, qui jure, & recta ratione aliquid faciunt, sic, quia bruta solo & mere impetu naturæ promiscue commiscantur, jus naturale dicitur il-

lis esse materialiter. Homines verò quia conjunguntur cum ductu rationis, quæ dicitur eorum in maris, & femine conjunctione honestatem observandam esse juxta illud: *Nolite fieri sicut equus & mulus, quibus non est intellectus Psalm. 21 vers 9.* idè jus naturale in homines dicitur formaliter cadere. Hinc.

Non obstat primò, si dicas. Solus homo participat esse rationis, in brutis verò nulla est ratio. *L. 1 §. ut Praetor. 3 ff. si quadrup. paup. sec. dicat.* Ergo jus naturale non cadit in bruta. Siquidem, Respondetur distinguendo consequens. Ergo jus naturale non cadit in bruta formaliter, concedo, materialiter, nego consequentiam.

Non adversatur secundò *tex. Iustit. hic*, ubi dicitur: *Cetera quoque animalia istius Juri perita*, sive ut alii rectius legunt, *perita et fieri*, quia sensus est, ut materialiter, non formaliter perita consenscantur. *Christijanus D. Doctor. Franz. Instit. h. t. n. 6. Schaubog. Instit. hic. vers. Dicit. n. 6. Vinn. Instit. hic.*

Non refragatur tertio quod ex dictis sequeretur, bibere, edere, dormire, vigilare, currere, quiescere esse actus Juris naturalis, sed hoc est absurdum dicere, ergò etiam verò Respondetur negando sequelam majorem, quæ negatio ut veti beetur,

Nota, actus Juris naturalis illos dici, quos homo exercet ex instinctu naturæ & simul cum ductu rationis, brutum verò ex solo impulsu naturæ. Contrà autem actus illos nuncupari naturales tantum, quos homo ex solo naturæ impulsu facit, & sine ductu rationis, quæ dicitur etiam in maris & femine conjunctione honestatem observantiam, idè maris & femi-

minae con, incho dictur actus juris naturalis Contra vero edere, bibere, vigilare, currere, & quiescere sunt actus dumtaxat naturales, quia homo & brutum istos actus ex solo naturae impulsu exercet. In summa ( ut multa parca concludo n ) & tu intellegas, an actus dicatur naturalis tantum, an vero juris naturalis, hoc tibi principio cape. Si homo aliquid facit ex instinctu naturae, & simul cum ductu rationis, & idem facit brutum ex sola naturali incitatione, tunc id erit juris naturalis. Quod si vero homo aliquid non jure faciat, & idem faciat brutum ex impetu naturae, non erit actus juris naturalis, sed erit actus naturalis tantum. *Harp. m. 2. hoc Hicm. var. resolut. lib. 1. tract. 1. q. 19. Et 10. Alanz. n. 14. hic.*

Unde *Zoef ad ff. l. 1. n. 25.* more suo solide asserit, quod definitio juris naturalis hanc quasi sensum recipiat: *Jus naturale est, quod versatur circa ea, quae bruta appetunt solo instinctu, & inclinatione natura, homines autem Jure & ductu rationis.* Advertit modò edere, bibere, dormire, vigilare, & id genus actus esse tantum naturales: contra vero v. g. defensionem sui esse actum juris naturalis, quoniam homo & brutum adversus vim illatam se defendit, vim vique repellit. Brutum ex solo impetu naturae, homo ex instinctu naturae, & cum temperamento rationis, quia videlicet servat moderamen inculpae tutelae, & vim vi repellit, si aliter se defendere nequeat juxta *L. sciendum 45. §. qui cum aliter. & ff. ad leg. Aul.*

Nun obstat quòdò, quod ex princip. 1. §. de ut p. matrimonium dicatur esse juris civilis, & apud nos Catholicos sit

unum ex septem sacramentis, ut prius de male dicitur cum unum animalium proprium esse. Respondetur enim, matrimonium diversi juris esse. Nam consideratum ut nuptiae & coniugii conjunctio, ex se illo instinctu naturalis, quò movetur brutum ad procreandum, quod prole, proveniens erit juris naturalis; consideratum verò quoad an morum consensum, erit juris gentium, sicuti ceteri contractus, qui consensu perficiuntur, juris gentium esse licentur. Quoad formam vero à lege praescriptam, quatenus scilicet inter certas personas, & certo tempore esse prohibetur, erit juris civilis. Quoad institutionem in praedictis Jure Divini, quoad gratiam denique Sacramentum est. *Myring n. 15. hic.* Alii non nihil aliter respondent, & dicunt matrimonium quoad ortum, & originem censeri juris naturae, quoad formam & effectum partem juris gentium, partem juris civilis *Alanz. sup. hic n. 27.*

## §. JUS AUTEM CIVILE L. CUM §. SEQUENT

**D**istinguiamus, quid sit Jus naturale, sequitur: quid sit Jus gentium, & civile: cum verò Jus gentium antiquitate precedat civile, ideo ab illo merito exordium duxi, & quidem.

Quenit hic, quid sit Jus gentium? Respondet Imperator hic, Jus gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peraeque custoditur. Differt à Jure naturali, quod illud omnibus animalibus, hoc solum hominibus inter se commune sit. *L. 1. §. fin. ff. de J. & J.* Unde si quid videtur apud omnes gentes & populos pro Jure usurpatum, ita tamen, ut



ergo introductum est. Huc revocantur Libelliones ditioniorum, bella & portus, servitutes & Abusus in re primario mundi omnia fuerunt communia tam verò posita ratione dominium essentem in gentibus. discordia & hinc adeo naturalis ratio dicitur, ut pro conservanda republice tranquillitate fieret distinctio domini, & cuique aliquid proprium assignaretur. Hinc dominia rerum fuerunt distincta, regna condita, agri terminis separati, mobilia posita &c.

Bella autem introducta sunt, ut fomes puniretur, personae & res nostrae defenderentur. Ex bellis deinde secum venit captivitas, & servitutes, de quibus suo loco.

Spectant quoque ad jus gentium secundarium (si tamen datur) fere omnes contractus, quia ad commodam rem & officiorum in civili societate communicationem necessarii & idonei si sunt. Tales sunt emptio, venditio, catio, conductio, societas, depositum, commodatum, mutuum, &c. Hiis contractus apud omnes perque ntes communes sunt, ut proinde quod originem Juri gentium recte accensetur. Dixi fere omnes, reperiuntur enim aliqui qui à jure civili fuerunt introducti, velut stipulatio, literarum gatio, sponsalitia largitas, & ut alii volunt, contractus emphyteuticus, quibus in decursu suo loco agemus. Controversum non leve est, an divi Juri gentium in primarium & secundarium admittenda sit?

Idem utriusque manu proponit Chow. d. 1. §. 1. Judicium arere, qui vel nonem habet non ferunt, eidem tantum. *Terminol. vol. 1. disp. 1. ch. 1.*

*D. Solus l. n. 6. Manz. n. 10. §. 1. Anonym. excus. 1. ch. 1. §. 1. Vint.*

*Inst. hic nom. 4. Hertog. Inst. h. t. n. 6.*

Movetur primum, quia unius ejusdemque rei non potest dari duplex & diversa definitio, sed si memorata distinctio non admitteretur, daretur unus ejusdemque rei, videlicet Juri gentium duplex & diversa definitio, ergo *Minus ostenditur. In §. 1. hic dicitur Jus gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines consilium suum fit in §. 2. Quod Jus gentium esse dicitur, quod ius exigentia, & humanis necessitatibus constitutum est.*

Movetur secundò per *L. 1. §. de 1. R. D. ubi dicitur antiquum Jus gentium, ergo debet dari minus antiquum, quod est secundarium.*

Movetur tertio per *d. §. 2. h. t. ubi dicitur: ius exigentia & humanis necessitatibus gentes sibi iura constituerunt. Atque constituere est aliquid novi statuere, ergo datur Jus gentium secundarium.*

Movetur quarto, bella, captivitates, servitutes dicuntur esse contra naturam §. 2. *Inst. hic art. 5. tr. de jure pers.* ergo Juri gentium non possunt attribui, nisi dicatur dari duplex Jus gentium; aliis sequeretur, quod idem Jus diceret contraria.

Movetur quinto per §. 11. *Inst. de R. D. ubi Jus gentium illud dicitur, quod rerum natura cum ipso humano genere prodidit, ergo datur Jus gentium, aliis bella, captivitates, dominiorum distinctio Juri gentium accessoria non possent.*

Negativa subscribunt Schomb. *Inst. h. t. quod. 4. Lucius Inst. h. t. n. 3. Lucius ad ff. de J. §. 1. mon. 33. Harp. n. 7. Conarr. in 1. §. peccatum p. 2. §. 11. mon. 3. Cuius DD. Franc. Inst. h. t. p. 2. nam. 5. pro hac sententia.*

Facit primum. Quod in Jure nostro non nisi unius Juri gentium fiat men-

tio § 1. Et 2. hic. l. 1. §. 4. ff. de J. Et J. l. 6. ff. rod. ergo propriâ auctoritate nova divisio statuenda non est, præcipue quia entia non sunt multiplicanda sine necessitate.

Facit secundò. Quòd aliàs Jus naturale & gentium perperam confunderetur, ut considerari potest.

Facit tertio. Quòd ratio naturalis, quæ constituit Jus gentium, tempore variari non possit; ergò datur unum duntaxat Jus gentium, quia ratio naturalis semper manet eadem. Et hoc ipsum fundamentum est; quod me in negativum trahit.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur. Et

12. Primum quidem ad vinculo distinctionis eliditur, daretur unus ejusdemque rei videlicet Juris gentium duplex & diversa definitio re ipsa, *negò minorem*, verbis, *concedo minorem*, Et *negò consequentiam*. In cit. §. 2. Non novè proponitur definitio, sed Jus gentium in §. 1. definitur et gò subicitur, & effectus, sive exempla proponuntur, quomodo videlicet id, quod naturalis ratio dictavit, in effectum deductum, & executioni mandatum sit.

Secundum exinde ruit, quòd Jus gentium ibi antiquius dicatur nò ad differentiam alterius Juris gentium minus antiqui, sed respectu Juris civilis; quòd Jus gentium antiquius esse palam est ex §. 11. *Inst. de R. D.*

Tertium præsternitur ex responsione ad primum, sensus enim est, usu exigente, & necessitatibus humanis gentes sibi jura constituerunt, id est in effectò, in praxim redegerunt, quòd naturalis ratio priùs à primo ævo dictavit. Jus gentium extitit antequàm bella, captivitates & distinctiones rerum introducere fuerant; sed effectus Juris gentium

nondò erat, quia circumstantiæ tēporum non exigebant bella moveri, captivitates fieri, & rerum distinctiones statui. Sanè si primordiali mundi tempore ob rerum dominia reipublice tranquillitas per tixas & discordias periculata fuisset, prout ex post facto contingit, Jus gentium jam tunc exstisset Rem ab instantia solide declarat *Schamb. loc. cit.* ponamus, inquit, legem latam, ne quis everbat frumentum sub poena 100. fac quòd nullus per centum annos in legem impingat, sequiturne exinde legem poenalem latam non fuisse? Ita quoque in primordio mundi bella non erant necessaria, sequiturne exinde Jus gentium tunc temporis non fuisse? Sane fuit, puta, in actu primo.

Ad quartum Respondetur, tunc temporis, puta, quando nondum exoriebantur discordie, bella, & captivitates fuisse contra rationem naturalem. Ex post facto autem, ubi tranquillitas reipublice exigebat moveri bella, & induci captivitates, non tam fuerunt contra naturalem rationem, quàm ex ratione naturali, quæ in necessariis nunquam deficit. Diverfus rerum status, & circumstantiæ temporum quandoque faciunt, ut, quod priùs rationi videbatur contrarium, ex post facto conforme censetur.

Ad quintum Respondetur, non nunquam Jus gentium ratione appellationis cum naturali quodammodo confundi, prout in d. §. 11. contingit, quod nos parùm argit: §. 1. enim hic, & *fec. de J. Et J.* nec non *L. 1. ff. rod. diligentiùs* imò separantur.

AD VERA. NAM QUID QUID IS QU S.

Quæritur hæc, quid sit jus civile? Respondetur, esse illud, quod quique populus sibi ipsi constituit, vel quod

quod quævis civitas sibi proprium fecit. Sic jus, quod civis Romani utuntur, Jus civile Romanum. Jus, quod Athenienses utuntur, Jus civile Atheniense: quod populus Austriacus utitur, Jus civile Austriacum vocatur. Illud verò quod una quæque civitas sibi proprium constituit, non sine magis proprio statutum seu jus municipale nuncupatur. *Chimperi Inst. l. 1. §. 5.* Quoties autem simpliciter sine aliquo adjuncto Jus civile pronuntietur, toties per aliquam præminentiam & antonomasiam intelligitur *Jus civile Romanum*; nomen enim æquivocum semper capitur in partem digniorem, & intelligitur in dubio id, quod est præcipuum, sicuti generali Poeta pronuntiatione apud Græcos intelligitur Homerus: apud Latinos Virgilius, *æne. l. 6.*

### §. CONSTAT AUTEM. 3.

**14** Dicitur Jus civile *ius scriptum & non scriptum*. Id est, quod expresso summe potestatis consensu in utilitatem subditorum constitutum est. Hoc est, quod tacito summe potestatis consensu approbatum est, & alio nomine vocatur consuetudo.

Species Juris scripti sex occurrunt, *præ, lex, plebiscitum, Senatus Consultum, constitutum Principum, edicta Magistratum, responsa prudentium, text. l. 1.*

### §. LEX EST 4.

**15** Lex rebus spectata, hoc est cum respectu ad statum popularem reipublice Romanæ dicitur esse id, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogatus, veluti consule, constituit; utrum tunc temporis summa potestas populo, qui in comitia vocatus interrogabatur à Magistratu *velint, jubeant, Quirites*, & si antiquare legem voluit, respondebant per litteram A si vim legem probabant, per litteram V. R.

*Lex ad instatuta.*

id est, uti rogat. *Pam. Inst. l. 2. de leg. n. 3.*

Observe hic, statum Reipublice triplicem esse videlicet Monarchiam, Aristocratiam, & Democratiam. Status Monarchiam est, quando Jura Majestatis, & potestatis resident penes unum & solum. Ut sit in Romano Imperio, Gallia, Hispania, &c. Status Aristocratiae quando Jura Majestatis & potestatis resident penes optimates, uti apud Venetos, &c. Status Democratiae est, quando tota Majestas & potestas relictæ apud populum, prout olim apud Romanos contigit, quando numerum Reges suæ expulsi. Qui duo posteriores & status statui Monarchico longè posthabendi sunt, plures enim imperare solent, & regnumque non caput duos,

*Et feruntur distolvi unum*

*Stans loco, quodque contra discordia regni.*

Hinc cum Darius Alexandrum ad divisionem Asiæ sollicitasset, aliud in responsum tulit, *« nec unumquemque duos reges tolerare, duo enim si essent soles, in cordis ignis perderentur »* Præterea decernitur fidele est, quod consuetudo solet ex ceteris discordiis l. 77. §. 30. ff. de Leg. ar. 2. ff.

*Regni expellunt communem servagotus plures.*

Taceo, quod status Monarchicus naturam ipsam vel maximè imitetur; videmus enim ab ipso naturæ ortu apibus unum duntaxat Regem, dei unum solè, & unam nocti lunam præcellere.

Itaque tradita leges defunctio ad statui Monarchicum, qui hodie in Imperio Romano viget, sed democratico, qui tunc temporis erat, consentaneus est. Ut moderno tempore, postea quam à populo Romano per legem Regiam, de qua vide *Mans. l. 1. §. 6. n. 8.* omnis Majestas, potestasve in Octavianum Augustum translata fuit, lex concessio defuncti possit.

C

quod



quod sit consuetudo preceptum in bonum publicum ab habente potestatem ordinatum.

- 17 *Undivide* lex in *preceptum* & *pœna*. *lex* præceptiva est, quæ aliquid absolute & simpliciter præcipitur, vel prohibetur. *Pœnalis*, quæ transgressori *Pœna* aut multa injungitur. Hæc subdividitur in *vere pœnalem* & *mixtam*. Merè pœnalis appellatur, quæ solius pœnæ mentionem facit, absque hoc, quod præcipiat aliquid aut prohibeat, veluti si dicat legislator, qui *reportaverit frumentum, seu aurum muliabitur*. *Mixtam* voco, quæ duo membra continet, in quorum uno præcipitur aliquid aut vetatur, in altero pœna præfigitur transgressoribus veluti si dicat legislator, *Nemo deinceps frumentum evellat, qui evellens, sex aureis muliabitur*.

- 18 Ut lex officium suum fortitatur, desideratur primò, ut feratur ab eo, qui vim cogendi habet, cum enim lex sit præceptum, vana foret legis ira sine coactis juris & potestate. Unde superior sit ille, qui præcipit, quam, cui præcipitur, necesse est, par enim in parem non habet imperium *cap. 20. §. de elec. l. 3. §. ult. Et l. 4. §. de except. qui arde. Barboz. Accusar. l. 24. cap. 5. axiom. 6.*

Sic in Monarchia summus Princeps veluti in Romano nostro Imperio Imperator, in Aristocratia optimates, in Democratia universus populus legis condendæ habet potestatem. Imò & Electores, Principes, atque ceteri Imperii status tam Ecclesiastici quam seculares potestatem habent condendi leges locales, seu provinciales, nec nisi communi contrarias, siquidem vulgata regu est quod quilibet Princeps in suo territorio tantum possit, quantum Imperator in imperio *Barz. in L. infamatus §. de publ. iud. Caus. lib. 1. cap. 6. in 10. de pace publ. clau.*

*ris D. P. Robert. Kutz. tit. 1. de consuet. n. 9.* Ceteri dynasti, collegæ, communitates, seu universitates concedere jura non possunt, nisi ex principis concessionem expresse vel tacite ferendæ legis potestatem habeant, *Clariss. D. Franz. Inst. h. t. p. 3. n. 3.*

Secundò requiritur, ut lex sit iusta, id est, sit laeta in commune bonum. Unde non illa iustitæ lex iusta erit, quæ versatur circa materiam honestam, verum etiam inhonestam, dummodo legislator intendat commune bonum, sic lupanaria sive usus Scurrorum permittit, usurarum exercitum hunc, credes uxoris in adulterio depravata concessa. Tamen si eni illa in se iusta sit, hæc tamen iusta est, quæ illa permittit, eò quod i perinde intendat commune bonum, scilicet ut evitentur mala &c. si quidem lupanaria permittit, ut evitentur adulteria, incestus, &c. Usuræ licent, ut indigentibus succurratur, credes adulteræ coniugi concessa, ut metus mortis conculi factum matrimonium vinculum inviolabiliter custodiat, nec facile in alterius vota libidini habeat licentius dispenses. Vides proinde, quod illi actus à lege non foveantur quæ illiciti, nec ab ea præcipiantur, sed tantum non puniantur, & castigentur ad evitanda maiora mala. *cap. 1. dist. 83. Zoz. §. de leg. n. 7. Clariss. D. Franz. loc. cit. n. 8.*

Tertio requiritur, ut lex sit stabilis, & perpetua, *cap. fin. de offic. legat. unde statuta temporaria leges naturarum non obtinent, L. et §. de leg. n. 8. Schaub. Inst. h. t. §. 4. vers. respectu.*

Dices, Vixitne requirit abrogatio leges laæ, ergo non est necesse, ut lex sit stabilis, & perpetua. Respondetur, non hoc sensu legem debere esse stabilis, & perpetuam, ut ait, cum dixeret, sed

sed tam diu, donec reipublice utilis est, & proficus, si talis esse desinet, recte mutetur.

Quarto ad legem requiritur publica & solennis promulgatio sive per praeco-nem, sive alio modo idoneo facta l. 9. *et de leg. nov. 66. cap. 1.* Ratio, quia ex est regula humanorum actuum, quae non digne, nisi appl.etur, applicatur autem per promulgationem, ut obligare queat, nisi in sufficienter propo-siti quibus fertur, cum ad incognitum semper tenentur. *Inf. loc. cit. n. 10. de* Armeti promulgatio solenniter facta sit, ex tamen ante lapsum duorum mensium a facta publicatione, nisi aliter à principe determinetur, non obligat *de eo cap. 1. l. 8. verbis: ut autem apertum* *huc can. de decretis sanctum, si scrip-* *tum fuerit, h. quoniam de iur. hanc post duas* *rescriptis datus et tempore valore Sueres. lib.* *de il. cap. 15. num. 10. Humeil d. J.* *§ J. tr. 1. cap. 1. cont. 2. n. 14. P. Engl.* *l. tit. san. l. 5. & num. 64. Clariss. D.* *Huing h. 2. § 9. num. 20. Menoch. lib.* *arbitr. cas. 185. n. 7.*

Quarta prima, an lex ante promul-gationem obliget eum, qui lex eam ef-conceptam? Respondetur negative. *cf. ff. 65. loc. cit. n. 11. P. Engl. n.* *Menoch. h. loc. cit. num. 20.*  
Ratio prima, quia de substantia legis ut promulgetur, ergo ante promul-gationem vim & effectum legis non habet, ad idque non obligat. *Argum. d. l.* *ed. de il.*

Ratio secunda, quia lex est precep-tum commune, ergo non debet unum care praeteritis, eique libertatem concessam auferre.

in obstat, *cap. 1. de possul. Pralat.* in hac verba refertur *Sylvest. ut* *inquisitionis observationem servatur,* *inveris eam solenniter editam, aut*

*publi. d. promulgatam.* Ergo obligat ante promulgationem, sufficit enim, quod edicta, hoc est concepta sit. Respondetur, sensum legis esse, quod sufficiat, si legem esse editam vel promulgatam noverit, & non requiratur ad hoc, ut obliget, ut singulis per mandatum sp-ciale insinuetur.

Posset etiam dicere, ly *ans* sumen-dum esse pro *for*, ut sensus sit, cum constituto solenniter editur, seu pub-lice promulgatur. Ex dictis.

Colliges, quod si, qui ex privata noticia pretium utricuique post minu-tatum, aut valorem monetæ sive decre-turum, ante promulgationem legis tri-ticum currenti pretio vendere, aut mo-netam eò valore, quò defuncto currit, expendere possit, talis enim non agit contra novam legem, utpote quæ no-dum nova dici potest, quia nondum pro-mulgata, nec etiam agitur contra iustitiam, aut aequitatem. Non contra iustitiam quia vivit iure suo nec alterum laedit, quia emptor non habet ius, vi cuius ven-ditori dari possit minus pretium Non contra aequitatem, quia servatur aequa-litas inter mercem, & pretium, nam, uti suppono, rem vendidit, eò pretio, quo vendi solet. *Confer. Menoch. de ar.* *bitr. lib. 2. cas. 185. n. 20. Et seq.*

Dices, qui sive privatus & solus, vi-num, quod vendit, non diu mansurum in suo vigore, non potest currenti pre-tio vendere: L. 13. *de ad. empti* ergo etiam qui sive monetam non diu mansu-rum in suo valore, non potest eam or-tusens valore expendere Respondetur conced. nō antecedens, negando con-sequentiam. Disparitas est, quod in pri-ori casu subit vitium internum, ad quod indicandum ven licet tenetur, in poste-riori vero casu subest tantum vitium ex-ternum scilicet estimationis, quæ de-

pendet à taxatione Principis.

Quæres 2. An acceptatio subditorum ad valorem legis requiratur.

Dixeris prima fronte requiri. Ita responsa docent Clariss. D. P. Konig ad tes. de consuet. §. 9. n. 11. Navar. de consuet. consil. 1. quæst. 1. & Schottking. de h. ius. num. 76.

Movenitur primò, per can. 3. §. leges. dist. 9. 4. ubi in hæc verba refertur: *leges firmantur, cum moribus utentium approbantur.*

Secundò, per l. 32. §. 1. ff. de LL. ubi dicitur: *leges nullæ aliâ ratione nos tenent, quàm quid iudici populi recepta sunt.*

Tertiò, Quia quotidie auribus nostris percipimus, quòd nonnullæ leges etiam Ecclesiasticæ non sint receptæ, v. g. hæc Bulla non est recepta, hæc etiam non, item Concilium quoque Tridentinum non est receptum in Gallia, neque in Hungaria; ergò patet, quòd lex non obliget, nisi acceptetur.

Verùm his argumentis ita non moveor, quin potius statuum, acceptationem subditorum ad valorem legis nequaquam requiri, ita docent, Molinus de J. & J. dist. 23. Laym. Theol. Mor. lib. 1. tr. 4. cap. 3. n. 1. Glessio Jurispr. feudum. lib. 1. tit. 2. cap. 4. §. 7. num. 16. Engl. loc. cit. §. 4. n. 68. Zoff. de lo. n. 13.

Ratio sola, sed solida est, quòd Princeps habeat potestatem obligandi, quæ utique caderet, si subditorum acceptatio ad efficaciam legis requireretur.

- 23 Ad primum respondetur, primò quòd adductus textus §. *legi sit Græci*, cuius authoritas non habet vigorem legis. Respondetur secundò, leges firmantur cum moribus utentium comprobantur firmitate accedente generali exanimata, concedatur, substantiali & intrinseca, negatur.

Id saltem mores utentium operantur, ut lex de consuetudine & consuetudine contraria evectatur.

Ad secundum respondetur, illam 24 gem intelligendam esse de statu democratico, quando finit potestas leges ferendi penes populum Romanum fuit.

Non obstat, quòd reponunt antiquissimi videlicet d. l. 32. de eo tempore loqui, quòd vixit JCtus Julianus auctor d. l. 32. atque JCtus vixit tempore Monarchiæ Antonini Pii, & Adriani l. 2. ff. de orig. iur. ergò, &c. Siquidem retorquetur argumentum, etiam tempore Monarchiæ Justiniani Tribonianus in §. 4. h. legem definit, *quam patrum Romanus Senatoris Magistratus interrogante constituit*, non tamè hæc definitio Monarchiæ convenit, sed qualis in Democratica lex fuerit, insinuare voluit, ergò etiam Julianus significare voluit, qualis lex tempore præterito valida fuerit.

Ad tertium respondetur, non hoc sensu Concilium Tridentinum dicitur non esse receptum, quòd acceptatio populi interveniens, sed quæ gravamen obicit, nec S. Pontifex acceptationem urget, quam si urgeret, etiam si populus recusat, tamen lex obligaret, cum verò illam non urgeat, dicitur suspensa.

Quæres tertiò, an ad substantiam legis sive Juris scripti, requiratur scriptura?

Pro affirmativa stant hæc fundamenta.

Primò, quia lex à legendo deducitur, ergò debet in scripturam radigi, aliis legi non potest,

Secundò in §. *singularium* l. 1. Inst. de R. D. dicitur *Civilis jura tunc esse scriptura, cum civitates condidi, & leges scribi cupimus* Ly. *scribi oportet* denotat ad leges substantiam requiri scripturam.

Tertiò.

Tertio *Id. humanum* §. *Cod. de LL.* dicitur, legem dictari debere; ergo debet etiam scribi, quia dictatura est promulgatio ad scripturam, dictare enim nihil est aliud, quam tractum aliquid promulgare, ut calamo excipere possit.

Quarto Sententia iudicis non valet nisi scripta. *L. 2. Cod. de sent. in peric. re. cit.* Ergo etiam legum promulgatio non valet, nisi scripta.

Quinto Alibi est de essentia iuri alicui; ergo etiam scriptura est de essentia iuris scripti.

25 His nihil morantibus negativè subscribo, quomodo tenetur, *Marp. §. 6. Inst. b. s. n. 34. Hæm. var. resp. lib. 1. ar. 1. §. 32. Zoff. §. de LL. n. 14. Barb. Inst. etc.*

Primo, quis ius scriptum illud est, quod expresso forme potestatis consensu inutilitatem subditorum constitutum est; ergo scriptura non est de essentia iuris scripti, cum sine consensu sine scriptura etiam vix vane promulgari possit.

Secundo, quia Lacedæmonii leges nunquam in scripturam redegerunt, sed memorie mandarent, §. 10. *Inst. b. s.* imò teste Plutarcho in vita Licurgæ in aliqua lege diserte cautum fuit, ne leges in scripturam redigerentur, ita tamen Lacedæmonii iura scriptis utebantur, quia sine expresso Spartanorum consensu, quos de singulis legibus rogabant, non valebant, ergo ius scriptum sine scriptura datur.

Non dicas Lacedæmoniorum leges tantam consuetudinem fuisse? quia ad consuetudinem requiritur (ut alia requiritur illam, ex quibus luculentum sine consuetudine non fuisse) tacitus populi consensus, atqui diximus, expressum Spartanorum consensum necessarium fuisse, Ergo &c.

Tertio, quia ius scriptum existit,

antequam scriptura, & litterarum perita adinventæ sint, quoniam cum ipsis civilibus coepit §. 11. *de Inst. R. D.* sed nemo negat litterarum inventionem originem civitatem esse iuramentum, ergo.

Argumenta contraria Ciceronis ad Lucernum comperta non sunt, & quidem

Primum exinde convellitur, quod<sup>26</sup> *seymon* leges non à legendis, sed ligando descendat. Ex dato, non concessio, legem à legendis deduci, non tamen sequitur necesse esse, ut legatur, & sic admodum scriptura promulgatur, quia legere etiam si legere significat, ut lex plurimas regulas quasi inclusa esse dicatur.

Ad secundum Respondetur, 1<sup>a</sup>, scribi fumentum esse pro sanciri, implicat enim in memorato textu pro ratione scripturae sumi posse, cum tunc temporis acti scribendi nondum extiterit. Accedit, quod verbum *Graphis* non semper scribere significat, sed discernere, sancire, statuere.

Ad tertium Respondetur, 1. & non esse necessitatis; sed voluntatis, si scilicet placuerit, leges dictare & in scripturam redigere. Sane videns hodie plerumque admodum scriptura legem promulgari, non tamen licet dixero, id fieri ex necessitate.

Ad quartum Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam. Differentia ratio est, quia scriptura in sententia iudicis non interveniente iudice daretur occasio sententiam, quam tulit, mutandi, aut corrigendi, utpote quod in publicatione sententiae subinde contingat, non adesse frequentiam hominum. Secus est in lege, ubi mutatio facile metuenda non est, cum leges publice ferantur & universo populo intimantur, ut nullum subesse periculum,

fore, ut mutetur, emendetur, aut corrigatur.

Quintum argumentum philosophorum responsum meretur, etiam verò ut lex concretive scripta dicatur, unius opus est scriptura, sed negatur suppositum, illud Jus scriptum appellari, quod in scriptura, sed quod expresso consensu summæ potestatis consiliis.

- 27 Effectus legis est obligatio ad ejus observantiam. l. 2 ff. 3. Cod. de LL. Et quidem de facto lex omnis proprie dicta obligat etiam in foro conscientie, ita ut hoc aliquibus videatur esse de fide. *Suarez. l. 3 de LL. cap. 22. num. 9. Clarus D. P. Romæ. lib. 1. tit. 2. num. 33.* Ratio est, quia subditi tenentur etiam in conscientia obedire suis superioribus iusta præcipientibus, idque ex præcepto divino, & naturali, nam ut ait *Apostolus ad Rom. 13. qui potestati (intellige humanæ) resistit, Dei ordinatorem resistit qui autem resistit, ipsi sibi damnationem acquirit.*

- 28 Excipitur lex purè poenalis, & mixta, in quantum poenalis est, hæ enim leges non obligant ad poenam ante sententiam Judicis declaratoriam. l. 27 in ff. de Jure Esco. c. 19. §. fin. de Hæret. in 6. Ratio, quia non videtur rationi consentaneum, ut reus sit sui ipsius accusator, & poenæ suæ proprius ultor & exsecutor. *Conar in Epitom. p. 2 c. 6 §. n. 10. P. Engl. §. 3. ad tit. de consuet. num. 42. Confer Glæus p. 1. select. quest. 3. Et 4.* Ubi solus discursus, quæ lex & qualiter in foro conscientie obligatio. merito ponat.

- 29 Secunda juris scripti species est plebiscitum, quod illud esse dicitur, quod plebs p. cebo Magistratu interrogante constituitur. Q. uemadmodum in Jure enim Senatorius Magistratus à populo universo legem. ita Magistratus plebique veluti

Tribunus à plebe plebiscitum rogabat. Hæc fortè verbum. *Quod fieri velitis vos Quirites rogo, & plebs respondebat, sic vocamus, jubemusque.* Differt plebs à populo sicut pars à toto. appellatione populi siquidem universi cives, & simul etiam patricii designantur: vocabulò plebis verò cives reliqui sine patriciis designantur, *test. l. l.*

### §. SENATUS CONSULTUM §.

Tertia Juris Civilis Romani species<sup>30</sup> est Senatus Consultum, diciturque illud, quod Senatus jubet, atque constituit. Causa quòd introductum fuerit, & ratio est, quòd difficile esset populum Romanum qui vehementer audax fuerat, in unum convocare, ut prout Senatus locò populi consuli inceptum. *test. l. l.*

### §. SED ET QUOD. 6.

Quarta Juris scripti species est principis placitum, seu constitutio principis, quod enim Principi placet animò condendi legem, legis habet vigorem.

Constitutio Principis alia est generalis, alia specialis. Constitutio generalis est, quæ omnes Principes subditos ligat. Hæc constitutiones tres occurrunt species, rescriptum, decretum, edictum.

Rescriptum est responsum, quod Princeps ad supplicationem vel epistolam consulemum emittit. Exempli rescriptorum reperite est in §. ult. de his, qui sui vel alius Juri sunt §. 4. Inst. de Advers. *Harp. n. 25. l. l. Alauz. n. 17.*

Decretum est sententia, qua Princeps causam inter subditos controversam determinat.

Dubitatur, an vim juris universalis<sup>33</sup> habeat? Responderetur, interesse, an sit sententia definitiva, an interlocutoria.

Definitiva vim legis universalis habet. *34 l. fin.*

*l. fin. in pr. Cod. de LL. Et l. 1. §. 1. ff. de cons. Princp.* Hæc enim est instar regulæ, & hinc Archæconicæ. quam Judices inferiores sequantur. *Manz. n. 21. l. hic Clarif. D. Franz. p. 3. Inst. h. n. 9. 10. num. 39.* Interlocutoria vim Juris universalis non aliter ubinet, quam si Princeps specialiter expresse, se amandis concordandis legibus interlocutorum esse, alias enim de mente legislatoris per solum interlocutionem constare non posse. Et sic in eo opediam reducuntur text. in l. 1. §. 1. ff. de cons. princ. Et l. 3. Cod. de LL. & Clarif. D. Franz. loc. cit. n. 32. Hinc, ad Wosens. ff. de cons. princ. num. 1. Confer Harp. l. i. c. 1.

35. Edictum est illud, quod princeps in tuum propriis ad bonum & felicitatem rei publicæ constituit. Dico motu proprio, huc est, nemine potente, soli utilitate publicæ, & sua dextra. Principem enim officium erigit, ut omni tempore subditorum commoda investiget, l. 23. in pr. Cod. de imp. Hinc Imperator noster laudatissimus Nov. 8. in præf. ipse de se proficitur, quod multas noctes infomnes ducat, ut subditi paret tranquillitatem.
36. Constitutio particularis vocatur alio nomine privilegium, & definitur, quod sit lex privata speciale quod concedens. *Zos. ad Jus canon. de Privileg. Et Clarif. privileg. num. 1. Clarif. D. P. Longob. l. n. 3.*

Dicitur, Privilegium non est lex, sed ex parte lege, ergo minus rectè dicitur lex esse. Respondetur distinguendo antecedit, privilegium non est lex respectu rei, cui concessum est, concedo antecedit, respectu aliorum, nego antecedit, & consequentiam. Tamen si privilegium non sit lex respectu illius, cui competit, hunc enim regulariter excusat ab obligatione legis, est tamen respectu aliorum, quos obligat, ne privilegium

um impediunt ab usu sui privilegii.

Instat. Si privilegium omnes obligat extra privilegium, non est lex privata sed communis, ergo male definitur, quod sit privata. Respondetur distinguendo antecedit, non est lex privata, sed communis, si communis omnium bonum proxime concernat, est, si pro fine suo proximo habeat bonum privatum, nego antecedit, & consequentiam. Lex constituit illa dicitur, que pro fine suo proximo habet bonum commune, hunc finem cum privilegium non intendat, dicitur lex privata. *Clarif. D. Franz. Inst. l. i. p. 3. §. 10. num. 37.*

Dividitur privilegium in reale, & per. 37. sonale, l. 196. ff. de R. J. ubi in hæc verba describitur: *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ, Et utro qualem ad heredes transmittuntur, quæ causæ sunt, quæ personæ sunt, ad heredes non transmittuntur.*

Reale vocatur, quod proximè inhæret rei, vel personæ competit, ob causam realem primario concessum est. Personale est, quod proximè inhæret personæ, ita ut eum exstringatur.

Sane ut intelligas, an privilegium reale sit, an personale, res magnæ utilitatis, sed difficultatis est non exiguæ. Tu sic collige. Vel privilegium proximè assignatur rei à personis distinctæ, vel tribuitur personis quæ tantibus. Privilegium prioris generis reale est, ad hocque si Ecclesiæ, monasterio, fundo, universitati concedatur privilegium, id reale dicitur, quia ipsi rei proximè inhæret. Sic quoque privilegium, vigore cujus domus aliqua eximitur à quærentis, à tributis vel litibus, reale est, consequenter ad heredes, & successores transit, d. l. 196.

Privilegium posterioris generis quoadque reale, quandique personale est. Reale est, quando ubi causam realem tribuitur.



**Dividitur tertio privilegium in favorabile & odiosum. Favorabile est, quod necessarium favorem ipsius privilegiarii respicit, nulloque per tunc modum aut praepjudicium. Tale est privilegium dispensanda, celebrandi ante auroram, & elocendi carnibus tempore quadragesimae, portandi catenam auream, &c. odiosum dicitur, quod eodem privilegiarii favorem respicit, sed tamen redundat in aliorum gravamen, v. g. si cuiusdam concedatur licentia exigendi decimas, aut collectas extraordinarias.**  
*Glossa sibi. quae. p. 1. q. 5. n. 1.*

**40** **Quaestio prima.** An privilegium statim à tempore collationis sive (ut ajunt) à die datae effectum suum habeat, an tunc demum, quando privilegiarius concessi privilegii noticiam acquirit, illudque acceptat? Respondetur privilegia motu proprio, & voluntate libera principis concessa secernenda esse ab his, quae conceduntur ad instantiam parvis. Privilegia prioris generis non sortiuntur effectum, antequam de iis confluet privilegiario, quae donationis naturam sapient, quae ante noticiam & consensum donatarii completa non censetur *L. quo absens 38. ff. de acq. poss. Et l. absens. ff. de donat.* Equidè potest princeps de absoluto potestate privilegium concedere etiam iuvio, quia cum ex gravi & iusta causa minus auferre Jus quersum possit, non apparet, quare conferre iuvio privilegium non possit?

Privilegia posterioris generis quandoque valent, antequam privilegiario de iisdem confluet, quandoque non valent. Vel nunc privilegium potest esse utile privilegiario, esto ejus noticiam non habuit, vel non potest esse utile. Si potest, licet, quando concessum est, valet, licet de concessione privilegiario nondum confluet, quia hoc ipso, quod per num-

tium aut procuratorem privilegium urgeat, antecedenter censetur id acceptare, adeoque sicut donatio per acceptationem antecedenter completur, ita & tale privilegium. Sin utile esse non potest, ante vim non obtinet, quam privilegiarius ejus acceperit noticiam, cum princeps non sciat utrum acceptare velit, nec ne. Ut ecce! Urges per procuratorem & nuntium licentiam contrahendi matrimonium cum Berta consanguinea tua, privilegio hoc juvans, esto nescias, tibi concessum esse, adeoque si ante noticiam ejus contrahas cum Berta, peccas quidem, matrimonium tamen tenet.

E contra impetras per nuntium exemptionem à lege jejuni, privilegio hoc non ante jvaris, quàm de eo tibi confluet, quia non ante tibi potest esse proficuum, cum ante noticiam ejus omittere jejunium absque peccato nequeas. Confluet. *20. ad decret. tra. de privileg. n. 26. Clariss. D. P. Konig. ibid. num. 23. Fater. Engl. cod. tit. num. 12. Menech. de arbit. cap. 185. num. 46.*

**Quaestio secunda.** An privilegiatus utatur suo privilegio contra privilegiationem? Tamen si difficilis sit & ardua ista haec quaestio, Jurisque Tyronibus non videatur explicanda, attingenda tamen est, quia in ipsius institutionum pamphilo frequenter occurrit. Itaque si duo privilegiati simul concurrant, referre existimo, an paria sint utriusque privilegia an diversa?

Si paria sunt utriusque privilegia, tunc qui privilegiatus gaudet suo privilegio eodem aequè privilegiatum. Ut ecce! Absens reipublicae causa v. g. Legatus, Ambasciator, &c. hoc habet privilegium, ut restituatur in integrum, si ex absentia sua imsus sit. *L. 1. Et 4. ff. ex quib. caus. major.* Jam si c. quod absens reipublicae causa ad aequè reipu-



bi. & causa absente iustus sit. Hoc in casu privilegium potest si id privilegium, & restituitur contra pariter absentem reipublice causa. *L. fin. ff. eod. & ibi Brunem.* Ex eode fonte sua sponte statuit, quod Ecclesia, quæ gaudet privilegio non subvendi de rebus eorum privilegio utatur contra aliam Ecclesiam pari privilegio munitam. Item quod Ecclesia non præscribat contra Ecclesiam nisi spatium quadraginta annorum. Et denique quod nubi is ( si v. g. statutum viget, ne nobiles propter delicta in carcerem conjungantur ) gaudent suo privilegio, & ab altero nobili in carcerem detinui non queat. *Zanf. ad decret. tit. de person. num. 27. Covarr. ad cap. pæfess. p. 2. num. 4.*

Dices : Si minor debeat minori pecunias, mutuas, easque accipere dissipaverit, tunc datus non gaudet beneficio restitutionis in integrum. *L. 11. §. pen. ff. de minor. 25. auct. Zanf. ff. ad SC. Fel. n. 25. Brunem. in d. l. 11. §. pen. n. 12.* Ergo falsum est, quod privilegium gaudent suoprivilegio contra pariter privilegiatum, si paria sunt utriusque privilegia. Respondetur, nostram decusationem tunc deum procedere, si ille qui vult uti privilegio, certet de damno vitando, & alter de lucro captando. Secus vero, si ille, qui vult uti privilegio, certet de lucro captando, & alter de damno vitando : hoc enim casu privilegiatus non utitur suoprivilegio contra æque privilegiatum. *Zanf. Et Brunem. in loc. cit.*

Si privilegia sint diversa, ut unum alteri resistat, & unus privilegiatus concurrat cum suoprivilegio cum privilegiato ex alio privilegio, si tunc privilegiatus contra privilegiatum non utitur suoprivilegio. Ut ecce : Filius familias habet privilegium SCi Macedoniani, & minor habet beneficium restitutionis in inte-

grum. Jam fac, si filius forte in à minore acciperet mutuum, & pecuniam dissipaverit. Hoc in casu filius causas non gaudet suoprivilegio. *d. l. 11. §. fin. ff. de min.* Item mulier gaudet privilegio Senatûsconsulû Vellejani, & minor, ut dictum, beneficio restitutionis in integrum. Jam fac, quod mulier apud minorem fide iussit. Hoc in casu mulier non gaudet beneficio SCi Vellejani. *L. 12. ff. eod. Zanf. ff. h. r. num. 52. Mon. de pæfess. cap. 3. num. 25.*

Dices, si minor phosam majori dederit mutuum, tunc gaudet beneficio restitutionis in integrum. *d. l. 11. §. fin.* ergo privilegiatus gaudet suoprivilegio contra privilegiatum, etiam si diversa sunt privilegia. Respondetur concedendo antecedens, distinguendo consequens, ergo privilegiatus gaudet suoprivilegio contra privilegiatum, etiam si diversa sunt privilegia, casu quo unus privilegium a tero non est sortitus, & potentius, negn, in casu quo utrum privilegium altero est sortitus & potentius, concedo consequentiam. Privilegium restitutionis in integrum est potentius, quàm beneficium Senatûsconsulû Vellejani, major enim habetur ratio ætatis. *d. l. 11. §. fin. Zanf. loc. cit. num. 25. Brunem. in d. l. 11.* atque quando concurrunt duo privilegiati, ut præfertur, qui privilegium potentius habet. *Aldrich. de pæfess. p. 72. l. 2. n. 28.*

Quæstio tertia, quibus modis amittantur privilegia ? Respondetur variis modis amitti.

Primo amittitur privilegium per interitum personæ, si per sonale, aut rei, si reale sit, adeo, que si persona moriatur, aut res pereat, per a. si d. contrarij, ac officium pereat, & ut privilegium, *cap. 7. de R. l. in G. cap. 25. & de F. 3. ratio consuetudine principalis, cuius successio-*

rium. Ceterum si sit spes rei, quæ forte per ruinam, vel illum, vel alium casum perit, restituitur tunc si res restituitur conservantur privilegia, & reviviscunt. *L. de sacra 73 ff. de contrah. emp.* ubi et de hac sacra terre motu durata, locum ædificum non sit profanum. *P. Auger hoc. cit. num. 14. Perreus ad Jus Canon. tit. de priv. fr. 6. §. 6. D. P. Kung hoc. cit. n. 26.*

Quæ 3<sup>o</sup> quaerit. An per mortem concedentis amittatur privilegium? Resolvitur 1<sup>o</sup> non idem, quod non, gratie enim semel concessæ etiam re integrâ morte concedentis non expirant, *cap. si super. de off. deleg. in 6. cap. si cum unib. 36. de proband. ius.* Accedit, quod privilegium sit species donationis, quæ non finitur morte donantis. *Zoes. ad Jus Canon. hoc. cit. num. 30.* Ut si habens privilegium à S. pontifice, vel Episcopo absolvendi à reservatis, dispensandi in certis casibus, eodem fruitur etiam post mortem S. Pontificis & Episcopi.

Secundo amittitur privilegium per temporis lapsum, ad quod privilegium est restitutum *cap. 4. de off. deleg.* Nam ad tempus concessa, post tempus censentur negata. *L. Titus 41. §. 1. de fidel. contra. libet.*

Tertio amittitur privilegium cessante causa finali, ob quam latum est, juxta de. statutam regulam, quod cessante causa, cessat effectus. *cap. 40. de appellat.*

Illud notandum ad hoc, ut causa finali cessante etiam cesset privilegium, requiritur causa finalis non cesset negitive sed contrarie. Negative cessare dicitur causa finalis, quando illa causa non amplius ex sit, usus tamen privilegii non est injustus, aut redundans in prejudicium privilegii. Contrarie cessare dicitur causa finalis, quando circumstantiæ ita mutantur, ut usus privilegii eva. sit iniquus, aut cedat in detrimentum ipsius privilegii.

Causa, in quo causa finalis privilegii cessat negative, talis figurari potest. alicui monasterio concessum est privilegium non solvendi decimas, & quidem propter inopiam, quâ tunc temporis laborabat. Postea monasterium factum est dives, & abunde habere cepit, quaeritur an cesset privilegium? Respondetur negative, nam licet causa cessaverit, ut huiusmodi statu idem privilegium non concederetur, concessum tamen recte conservatur contra injustitiam, quia factum semel legitime non debet retractari licet ad casum venerit, à quo inchoavit nequit, *cap. 74. de R. l. in 6.*

Causa, in quo causa finalis privilegii cessat contrarie, talis est: alicui Ecclesie debentur certæ decimæ, istæ remittuntur, quia Ecclesia tempore remissionis dives erat, postea mutato rerum statu Ecclesia ad paupertatem delabatur, ut alimentis deficiat, hoc in casu cessat causa finalis contrarie, quia usus privilegii reditur iniquus, redundans in detrimentum ecclesie. Pariter ex eadem ratione privilegium comedendi carnes cessat, ubi causa privilegii, puta, ægrotudo corporis recessit. *Zoes. ad Jus Canon. num. 33. Aug. hoc. cit. num. 20. Gonzalez. in cap. 9. de decimis & cap. 16. de clerico. non resistit.*

Quarto expirat privilegium per revocationem privilegium concedentis, qui enim gratiam fecit, gratiam revocare potest. *Pauromus in cap. mon. n. 21. & num. 28. de judic. Gal. l. 2. observ. 60. n. 10.* Hoc tamen suas patitur limitationes.

Primo enim revocari potest privilegium, si sit sub hoc concessum, non verò si non sub hoc concessum sit privilegium, & ab illo acceptatum, hoc enim casu revocari non potest, ratio, quia transit in obsequium, & per privilegiationem.

D. 3. quantum

quæsitum est, quò non potest privati per alienum principem, cui non est ius privandi rebus suis legitime acquisitis sibi non subjectam *Zoef. loc. cit. num. 39. Clarff. D. P. h. nig. ad tit. de Privileg. mun. 28.* ubi infert, privilegium à principe laico concessum ecclesiis, & p. causa, non amplius posse revocari.

Secundò procedit quartus modus amittendi privilegium, si id sit gratis concessum, & maneat in pura ratione privilegii, tunc enim à concedente revocari potest; ratio, quia privilegium, ut vocant, merè gratuitum, quod videlicet manet in pura ratione privilegii, non transit in dominium subiti, atque ita semper pendet ex voluntate principis, qui proinde id pro libitu & arbitrio revocare poterit, tametsi decenter id fieri non posse, doceat, *Forb. in compend. iur. can. ad tit. de Privileg. test. 6. § 4.* sed quoniam quod semel placuit, displicere amplius non debet. *cap. 21. de R. l. n. 6.*

Quòd si privilegium transeat in pactum vel contractum, uti privilegium conventionale, & remuneratorium, à principe sine urgentissima causa revocari non potest, eò quòd princeps nemini debeat sine iusta causa ius quæsitum tollere *P. Engl. loc. cit. n. 9. Zoef. loc. cit. n. 30.*

Quintò extinguitur privilegium per renunciationem, id est voluntariam abdicationem iuris sibi concessi, ratio, quia invito non datur beneficium, & favori, pro se introducto, quislibet potest renuntiare. *L. pro. Cod. de post.*

Sextò expirat privilegium per non Usus. Non usus verò duplex est, negativus, & omissivus. Negativus vocatur, cum quis idcirco privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert, Omissivus, cum quis privilegio non utitur tempore habili, & opportuno. Non usus negati-

vus nunquam sufficit ad amissionem p. privilegii. *Arg. l. 34. § 1. Et l. 45 ff. de S. R. P.* ubi dicitur quòd ille, qui ius non utitur non duxit longo tempore, quia fors exaruit, non amittit ius aequè ducentis, ergo etiam, qui idcirco privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert, privilegium non amittit. Necesse proinde est ad amissionem privilegii, ut non usus omissivus concutatur, hic enim solus ponit voluntatem internam carenti privilegio, *Argum. l. 10. § 1. l. 19 ff. quoniam modum servat. amittit.* Consert. *Cassio sicuti quæst. part. 1. quæst. 5. per tot.* ubi more suo solidè hanc materiam discutit.

### S. PRÆTORUM 7.

Quinta species Juris civilis scripti sunt edicta Prætorum, quæ definiunt, quòd sint ius adjuvandi, sup-  
plendi, aut corrigendi Juris civilis gratia à Prætoribus propositum *Tras. hic. Et in l. 7. § 1. ff. de l. Et l. Hod. e. Juris civilis aut nulla, aut exigua differentia est; vide tamen latè manu hic de re differentem Manz. Instit. hoc Bachov. Et Ludw. ibidem.*

### § RESPONSA 8.

Sexta juris civilis scripti species sunt Responsa Prudentum, quæ nihil aliud esse dicuntur, quam sententia & opinio-  
nes eorum quibus permixtum erat de iure respondere *Text. hic. Antiqui enim quibus tantum erat assensu iudicibus data potestas erat, inter respondendi iura & leges, idque, quod responderunt, tantum vim habuit, atque auctoritatem, ut Judici recedere à consilio prudentum non liceret. Manz. n. 11. hic. Hodie Responsa Juristarum non vim habent, sed nudam habent præbilitatem, ut prout de cuius eorum tantum credendum, quantum*

quantum quisque prelati. *Myfig. Inq.*  
*h. m. m. 5.*

### §. SIXE SCRIPTO 9.

**H**actenus de jure scripto, sequitur  
 de non scripto quod nemine ma-  
 gis proprio consuetudo appellatur.

Quæ concernit definitur, quod sit Jus  
 moribus introduchtum, & tacito summe  
 potestatis consensu approbatum.

**46** Dividitur in eam, quæ est contra le-  
 gem, & quæ præter legem, & quæ jux-  
 ta legem.

Consuetudo contra legem est, quæ  
 legem præmissam tollit, & abrogat  
 juxta legem quæ legem scriptam supponit,  
 ac observando confirmat, ne in  
 defuetudinem obstat. Præter legem, quæ  
 versatur circa materiam lege non præ-  
 ceptam, ac novæ obligationem inducit.

Obijciunt primum. *L. 3. Quid. que sit  
 longa consuetudo.* Ubi dicitur consuetudi-  
 nem tam validam non esse, ut legem  
 vincere possit. Respondetur primo ve-  
 rum esse, quod consuetudo non sit va-  
 lidior lege, sed tam valida tamen sit, ut  
 legem tollere & abrogare possit. Ad vic-  
 toriam majores vires requiruntur, ad  
 abrogationem patet. *Clariff. D. Præu.*  
*Inq. d. 1. p. 4. n. 19.*

Respondetur secundò textum d. l. 2.  
 intelligendum esse de consuetudine irra-  
 tionabili, & invalida. *Zosf. §. d. 1. 69.*  
*Clariff. D. P. Konig ad l. in Canon. m. m.*  
*19. Confer. Gonzales. incap. m. de de*  
*consuetud. Et Menoch. lib. 1. de arbit. quæst. 71*

Obijciunt secundò Consuetudo contra  
 legem est contra rationem, scilicet  
 ipsius legem, ergo est irrationalis, &  
 consequenter invalida. Respondetur dis-  
 tinguendo inter ordinem consuetudo contra  
 legem est contra rationem aliquam  
 concedo: omnino, non antecedens &

consequens. m. Lex quæ dicitur funda-  
 tur in unica ratione, quandoque se versò  
 in pluribus, si lex fundata sit in una ra-  
 tione, & consuetudo contra legem pug-  
 net, erit invalida. Si vero lex plures ra-  
 tiones habeat, tamen si deinde consuetudo  
 contra a iquam pugnet, non tamen  
 ea propter rationabili esse desinit. Ut  
 ecce Jus commune disponit, ne Epis-  
 copus causas graviores & majoris mo-  
 menti sine consensu capituli solus caput  
 dat, ex ratione, ne forte quid temerè  
 fiat ab Episcopo. Contra talem legem  
 sine statuto consuetudo introduci po-  
 test, ut scilicet Episcopus solus etiam  
 causas majoris momenti expedit & hinc  
 scilicet ratione, ut laici causas expediantur.  
 Adversus hanc consuetudinem esse  
 quidem contra aliquam rationem, nempe  
 illam, ob quam prior les introducta  
 est, non tamen esse contra omnem ra-  
 tionem quia alia ratione fundatur.

Obijciunt tertio. *L. 3. §. 1. ff. de separa-  
 ch. v. m.* Ubi aperte dicitur statutum non  
 valere contra legem, ergo neque con-  
 suetudo contra legem valebit. Respondetur  
 concedendo antecedens, negò conse-  
 quentiam. Differentia ratio est, quod  
 per statutum expresse derogetur legi, per  
 consuetudinem verò tacite, sipe autem  
 expresse nocent quæ non expresse non  
 nocent. *L. 12. §. de condit. Et derivat. fl.*  
*ita Schomb. Inq. h. m. v. m. 4.* Ego puto  
 id odds possè, quod in consuetudine in-  
 troducenda presumatur concurrere taci-  
 tus consensus principis, ut proinde lex  
 præexistens ac consensu principis abro-  
 getur. Contra vero in statuto non adest,  
 neque adesse presumitur consensus prin-  
 cipis in abrogationem legis. Non mirum  
 proinde, quod Dux Bavarie per statu-  
 tum legi civili derogare non juxta, sicut  
 ut extra ejus territorium vigorem habeat,  
 quia statuta contra legem non valent.

Requisita consuetudinis quinque ob-  
soluunt.

Primo requiritur pluralitas actus, hoc  
est ut actus, ex quibus inducitur consu-  
tudo, sepius fuerint exerciti et frequen-  
tati: ita ut sufficienter constare possit de  
tacito populi consensu ad inducendam  
consuetudinem *L. 1. Cod. quæ sit long. consue-*  
*tud. L. 3. cod. de adp. priv.* Quot verò  
precise actus ad consuetudinem intro-  
ducendam requiruntur, un. versum de-  
terminari non potest, sed recte ut discre-  
ta iudici arbitrio determinandum relin-  
quitur, qui ex qualitate actuum iudicat,  
arbitraturque, an ita notum, & frequen-  
tes sint ut exinde suffi. constet tacitus po-  
puli consensus: *g. p. si ita Guld. b.*  
*2. obs. 31. n. 7. M. Carl. de probat. cau-*  
*sis. 23. n. 14. §. 15. M. v. de arbiter*  
*Jell. 2. cas. 81. n. 4. recte profectò*  
quoniam enim aliqui i. i. n. nostri non  
satis repetit d. actum, & ita receperunt  
ad iura iura arbitrium *M. v. factus hoc*  
*n. 16. n. 31. hic Scherz. n. 6.*

Nam adversatur, *l. n. 13. Cod. de Epif-*  
*cop. aucl. Epif. 25. cas. 25. §. 2. ubi geminatio*  
ejusdè criminis consuetudo dicitur,  
ut proxime dicitur fuisse cre videmus.  
Enim verò allegati textus de con-  
suetudine facti sive de offensione, nō  
verò de consuetudine juris indacens,  
vel abrogante legem loquuntur, ut si-  
lens sit per geminationem, criminis jam  
quis est: dicitur habeturus quasi, & con-  
suetudinarius, ut occidendi actus in talem  
animam verbi possit *Clariff. D. P. King. luc.*  
*ant. num. 7. Harp. luc. cit. Scambog. hic.*

Quæstio quarta, an per unum actum  
consuetudo introduci possit?

Dixeris quod non. Primo, quia ad  
consuetudinem requiritur actuum fre-  
quentia *L. Cod. quæ sit long. consue-*  
*tud. s. 1.* per unum actum non habetur frequentia  
actuum, ergo unus actus non sufficit.

Secundò, quod semel factum est, fre-  
quenter factum dici non potest, ergo  
per unum actum consuetudo nequit  
introduci, ita *S. in. n. 6. M. v. n. 6. W.*  
*M. v. n. 12. Harp. n. 30. M. v. h. v.*  
*cit. cas. 81. n. 2.*

Verum his non attenditis referre exis-  
tens, an actus ille sit momentaneus, an  
successivus. Si actus sit momentaneus,  
qui breviter perbitur, consuetudo lineam  
non fundat: si actus sit successivus, qui  
ad suam perfectionem, & consummationem  
requiritur tractum longioris temporis  
consuetudinem fundat. Uti eo in lo-  
co aliquo, ubi pons non fuit, populus  
edificavit pontem, & eum constanter  
transit, & g. per quatuordecim annos, si  
in beneficii faculatione interitus fuerit,  
in istis casibus, quin consuetudo intro-  
ducatur, non infans dubitat dubitat.  
Ratio quia actus, qui in se habent suc-  
cessum aliquod successivum continent in  
se virtutem p. jura, ergo si p. jura ac-  
tus momentanei ad inducendam consu-  
tudinem sufficiunt, unus quoque actus  
successivus sufficit, necesse est, sic in  
adducto exemplo unus actus est si pons  
continuo frequentatus fuerit à populo  
ac si his, ter, quater, vel frequentius  
per violentiam fluminis fuisset abreptus,  
& iterum noviter restitutus.

Confirmatur. Ideò plures actus requi-  
runtur ad consuetudinem, ut inde suffi-  
cienter colligi possit populi consensus,  
sed iste consensus potest etiam colligi ex  
actu plane notorio & successivo, licet  
unico, ergo unus actus successivus suf-  
ficit. *Clariff. D. Franz. Inst. l. p. 4. n. 8.*  
*Faber Inst. hic n. 8. Perb. de consuet.*  
*§. 7. l. 5. §. 4. num. 20.*

At primò Respondetur distinguen-  
do majorem, ad consuetudinem requiri-  
tur actuum frequentia momentaneorum  
ejusdè, successivorum vero negotiorum,

& sic distincta mittere nego consequentiam, non enim deo actuum frequentia requiritur, quasi de forma esset, & ut plures numeri actuum confluerent, sed ut ex his populi consensus in consuetudinem colligi possit.

Ad secundum eadem est solutio. Quod semel factum est, frequenter factum dici non potest frequentia materiali, quæ plures numeros producit concedo, frequentia formali, quæ plures actus in se continet, nego antecedens & consequentiam.

Secundò requiritur, ut actus sint liberi, & cum animo se obligandi gesti, neque erronei. Unde

§1 Colliges primò per actus metu extortos non induci consuetudinem; quia non censentur facti animò inducendi consuetudinem, sed potius animò evitandi malum, quod incutitur. *Clariff. D. P. Kung. ad Jus Canon. tit. de consuet. n. 5.*

§2 Colliges secundò, ex actibus merè facultatis extra animum se obligandi gestis non induci consuetudinem, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de reb. credit.* Hinc recitatio certarum precum ad pulum angelicum, sumptio aquæ benedictæ in ingressu Ecclesiæ, licet per quinquaginta annorum fœnem factæ, consuetudinem non ponunt, quia non censentur, tales actus animò se obligandi gesti. *P. Bigl. tit. de consuet. n. 9. Suarez lib. 7. d. LL. cap. 14. num. 6.*

§3 Colliges tertio, per actus ex ignorantia vel errore factos non induci consuetudinem; error enim excludit consensum. *Leg. ff. de LL. n. 74.* Hinc lascivibiles actus ad solam per centum annos continuatam, ratio sola sufficiens, consuetudo tamen non inducitur. *Historia de J. J. tit. 1. p. 620. cap.*

3. contrav. 3. num. 140. *Clariff. D. & Kung. loc. cit. n. 5.*

Quæstio quinquama. An actus, per quos consuetudo introductur, debeant esse judiciales, & in judicio contradictorio obtentæ?

Respondetur primò alia pace inter DD. obtinere per actus judiciales, & in judicio contradictorio obtentos consuetudinem introduci. Ita DD. in l. 32. ff. de LL. *Et cap. fin. 2. de consuet.* Fac proinde in civitate ter, quater, vel sæpius judicatum esse, quòd filii masculi in successione paterna excludant filiam dotatam, & lapsum esse legitimum tempus (de quo paulò post) nec non in majorem populi notitiam id pervenisse, & non contradixisse, dubium sanè nullum est, quin consuetudo taliter introducatur. *Schneid. Inst. hic num. 7.*

Respondetur secundò, etiam per actus extrajudiciales consuetudo non introduci posse. Ita *Gail. lib. 2. observ. 31. n. 8. Harp. Inst. hic n. 34. Henr. var. res. sol. lib. 1. tract. 1. q. 26. Zuis ff. de LL. num. 74.*

Probat per l. 38. de LL. ubi dicitur *Consuetudinem aut rerum perpetuo suam iurisdictionem antehabentem, Et non legi obtinere.* Cerrè J. Cui non tam alio res judicataz à consuetudine distincta sit, si ex rebus judicatis consuetudo deduci deberet; sufficit ergò vel consuetudo, vel res perpetuò similiter judicata, ut obligatio legis confluat. *Chlenger. Inst. lib. 1. q. 17.*

Accedit aperta ratio; quoniam consuetudo ex tacito consensu populi vim & robur suum recipit, sed iste consensus cogi potest ex actibus etiam extrajudicialibus, ergò.

Non obstat, lib. 34. ff. de LL. ubi in hæc verba refertur: *Quia de consuetudine considerare quis videtur, illud explorandum arbitror, an contradictorio aliquando*

*quando iudicio formata sit. Ergo ad consuetudinem requiruntur actus iudiciales. Respondetur enim distinguendo consequens, ergo ad consuetudinem requiruntur actus iudiciales, de necessitate, nego, de utilitate & in ordine ad facilitatem probationem, concedo consequentiam. Ecce Si dubietur de consuetudine, num introducta sit, nec ne, tunc qui illam probare intendit, ardeat, & inquirere debet, an in iudicio concessorio non iam semel iudicatum fuerit, sit tamen in facultatem ejus probationem deponere potest.*

Teruo requiritur ad consuetudinem, ut sit rationalis, hoc est, non aduersus iuri naturalium aut diuinum, neque vergat in prejudicium utilitatis publicae. cap. 2. diff. 4. cap. 1. diff. 1. cap. 3. §. 8. d. 8. diff. 8. Unde mon. v. c. consuetudo, quae parentum alimentis caret, aut sit extra id praeter licentiam, ratio, quia consuetudo imitatur legem arg. cap. 9. §. ult. c. de consuetud. lex autem debet esse ratio iustitiae l. 39. §. de LL. ergo & consuetudo sic rationalis necesse est, alias non consuetudo, sed corruptela futura esset, cap. 7. §. ult. c. de consuet. c. ult. 2. ubi not. 1. mon. 11. Si mon. in cap. 1. d. & Harp. Ind. de mon. 12.

Dicitur Confusio de, quæ introiuntur per actum illicitum, & formaliter peccatum, non est rationaliter, sed confusio de contra legem introiuntur per actum illicitum & formaliter peccatum rationem quædam actum contra legem gratiæ, sed formaliter peccatum contra, & illicitum, ergo confusio de contra legem non est rationaliter

[illegible]

obligationem legis excutere volentis, nego  
majorem, sed consuetudo contra legem  
introducitur per actus, licet & forma-  
tus peccaminosus, ut tamen ut sit ac-  
tus concurrent, ut colligitur ex iura non,  
sive ut indicium populi ex voluntate ob-  
ligationem legis excutere volentis, can-  
cendo maiorem, ut ibi actus concu-  
rant, ut causa formalis, nego maiorem  
est, consequentiam. Alius aliter de  
peccaminosus non concurrunt ad con-  
suetudinem tanquam causa, quia sub-  
diti obligationem legis de se neque indu-  
cere possunt, neque colligere habent se-  
pense tantum colligitur sine qua non,  
sive ut clarus loquitur, sunt nullum indi-  
cium, ex quo colligitur superior, quod po-  
pulus, quantum est in se, excutere nitur  
obligationem legis. Confer. Glens f. b. l. q. 1. q. 6. per nos ubi hac de re  
differet & fidele discutere

Quarta est causa: si iudex requiritur  
dilatatione temporis quod aliquid obse-  
rvatum sit, atque praestitutum. Quamvis  
verbo temporis ad consuetudinem requi-  
ratur, non una omnium est sententia.  
Sunt, qui tempus desiderant, cupio iniri-  
mentis non exas, & hi fundantur in  
l. 3 § q. f. de aqua quod. ff. agro. Sunt  
alii, qui tempus centum annorum requi-  
rant, & hoc convenit per l. 3. Cod. que sit  
long. consuet. ha. verba: Consuetudines,  
iuxta non autem tempus centum annos de-  
necit. l. 3. Cod. de sacrosanct. Eccles. ff. l.  
55 de usufructu. Sunt denique, qui deo-  
num iustitia se autem nulla facta dis-  
f. contra inter praesentes & absentes, &  
h. ad iudicium ponunt iudicibus.  
C. l. 3 q. si long. consuet. longum autem  
est iudicium de centum, in consuet. au-  
tem. l. 3. Cod. de long. temp. praescripte.  
Ratione vero, quod si nulla inter absen-  
tes, & praesentes differentia facienda sit,  
adducitur

addecum Marti, qui non peripidos, & casus abbas non videtur. Si unum verum in casu, ubi hoc peripidos non determinat naturam, sed arbitrio determinata est, ubi peripidos, qui secundum legem non & praevalent materie tempus a consuetudinem sufficiens debet tunc etiam ex parte populi consensus in consuetudinem sufficiens colligi possit, ratio quia quae extra lege definita non sunt iudicis arbitrio determinanda relinquuntur ea re ipsa docent *Mewch. lib. 2. de nob. et cas. 83. n. 6. Huyn var. re. tract. 1. q. 2. Clarif. De Franz. In fine h. r. p. 4. num. 13. Et 14. Clarif. D. P. King. ad ju. Canon. tit. de co. fruct. non 9. P. Eugl. d. tit. unum 19. consert. Gul. 2. ob. 31. num. 3. Myo sing. reat. 6. ob. 41. n. 9. Schuerl. unum 5. hoc.*

Dices: Consuetudo debet esse legitime praeterita, et cap. fin. de consuet. etrogenti ad praescriptionem requiritur modus longum, modo longissimum, modo immemoriale tempus, ita etiam ad consuetudinem. Re pondero primo, consuetudo debet esse legitime praescripta, hoc est, debet a qua requisita habere, quae habet praescriptio concedo, debet habere omnia negotia antecedens, & consuetudinem. Ecce ad consuetudinem requiritur aliquod tempus, sed negatur ista requiritur, quod ad praescriptionem. Deinde consuetudo ad istam praescriptionem requiritur tempus continuum, ut si ante contrarius actus interrumpatur, quam sit perfecta, ad similitudinem praescriptionis interrumpatur, licet proinde aliquid requiratur ad consuetudinem, quae etiam desideratur ad praescriptionem, tale tamen & perpetuum in istis, ubi re ipsa ad consuetudinem, quae ad praescriptionem. *Clarif. de LL. n. 7. Cuiuslibet lib. h. r. q. 18.*

*Rest. ad leg. uta.*

Requisitum secundum praescriptionem ad consuetudinem legem unum annum, tunc tunc tunc, tunc tunc tunc, tunc tunc tunc. Etiam vero praescriptio a privato, consuetudo a publico, etiam a civitate. Secundo praescriptio a privato, et bonum tunc tunc tunc tunc tunc tunc. Tertio, consuetudo a privato, etiam a publico, etiam a civitate. Quarto, consuetudo a privato, etiam a publico, etiam a civitate.

Quinto, ad consuetudinem requiritur tacitus consensus superiorum, qui in statu Monarchico est consensus Principis; ratio, quia consensus est auctoritas, etiam legis non nisi ab auctoritate principis, qui habet potestatem legiferendam, accipere potest. Praeterea, expressus etiam consensus legem scriptam ponet. *Arg. 1. 6. la. p. h. r. sed.*

An ad consuetudinem requiratur scriptura principis? Respondetur, non requiri, sed sufficere, quod non contradicatur. *Arg. cap. 1. de iur. i. n. 6. ubi dicitur, quod si princeps plerumque ignorat ista ita de consuetudines legem, Clarif. de. tit. unum. 84. S. n. 1. ubi dicitur, vers. 4. Clarif. D. P. King. de. tit. unum. 17. Suarez. l. 7. de LL. cap. 13. Sanchez de iur. lib. 7. de p. 82. num. 20. Clarif. D. D. Franz. de. tit. unum 17.*

#### §. ET NON INELEGANTER. IO.

**R**edit hic Imperator rationem quare ius civile Romanorum in scriptum & non in scriptum diviserit, ad ius iudeo et ius gentium, quia origo ius Romanum ab illius ius, etiam ius gentium, puta Aethiopia, & Lacedaemoniorum praescriptum, quoniam ista leges memoriarum mandabat, primum vero leges scribere solebat. *Mart. Et Salomon.*

E

§. SED



## § SED NATURALIA II.

57 **Q**Uæritur in hoc paragrapho, an Jus naturale mutari possit? Magnæ hinc difficultatis enodandæ impigram mutationi adhibuerunt, *S. ar. ubi: c. p. §. num. 7. de L. H. G. or. de Jure belli & p. c. lib. 1. cap. 1. n. 5. & 6. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. p. 1. num. 19. & seqq. G. ite assert. 1. in suis. assert. Jurid.* Ego dist. agendum esse existim. inter jus naturale positivum, & permissivum.

Jus naturale positivum est, quod ex decreto quodam naturæ bona præcipit, & mala prohibet, sic præcipit Deum colere, parentes venerari, &c. prohibet vero fur in Deum blasphemare, &c.

Jus naturale negativum est, quod non præcipit vel prohibet aliquid, sed habet se tanquam negative & permissive, ut scilicet necessitate non exigente humana potestas actum prohibere, vel præcipere possit.

Asseritur prima. Jus naturale positivum immutabile est, *text. testis hic sed naturalia quidem jura semper firma, atque immutabilia permement.* Ratio additur, quia jura naturalia divina quadam providentia sunt constituta, sicut ergo Deus, Author Juris naturæ, non mutatur, ita nec Jus naturale. Ratio alia, quia impossibile est, ut, quod intrinsece bonum & honestum est, v. g. Deum colere; vel malum est, v. g. D. um blasphemare, tale esse desinat, nisi velis essentiam rerum mutari posse.

A. secunda. Jus naturale negativum si e permissivum mutatione non respicit, ratio, quia non præcipit vel prohibet aliquid, sed relinquit dispositionem huius in arbitrio, ut necessitate vel commoditate exigente id mutet, præcipit si salus & tranquillitas reipublicæ id exigat, Deus eam; & natura

in necessariis nunquam desinit, & Principi omnis illi potestas concessa est, quæ ad conservandam rem, ubi ea necessaria est. *Zorj ff. de J. & J. num. 51. & seqq. S. Hamb. Institut. hic Glesle assert. Jurid. 1. Change. ff. Institut. h. tit. quæst. 5. ab 2. solide Clariss. D. Franz. Institut. h. t. pars 1. num. 19. & seqq.*

Obijciunt primo, libertas Jure naturæ comperitur, sed in servum sublata est libertas; ergo Jus naturæ potest mutari. Respondetur distinguendo majorem, libertas Jure naturæ competit permissivo, concedo, positivo præceptivo, nego majorem, & concessa minore, distinguo consequens; ergo Jus naturæ potest mutari permissivum, concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturale non præcipit positive in homine libertatem, sed pro circumstantiarum qualitate, nisi aliud exigat necessitas & commoditas reipublicæ.

Obijciunt secundo. Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis, sed hæc communio per Jus gentium est immutata, ergo Jus naturæ mutationi subjacet. Respondetur sub data distinctione. Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis permissivo seu nepativo, concedo majorem, positivum huius præceptivo, nego majorem, concedo minore distinguo consequens; ergo Jus naturæ mutationi subjacet permissivum, concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturæ non vult positive seu præceptivo, ut omnes res sint communes, sed permissive, si aliter utilitas reipublicæ vel rationabiles causa exigat, quemadmodum in Reipublicæ saluti & magna ratio suavit, quod facta fuerit rerum divisio; numerum ut e reipublica tollere turres, & disordines, quis parit eximium.

Obijciunt tertio, lex non accedit est  
Ju-



pori sit. Nam multiplex ratio fuit, si vero eandem arant dant rationes naturales, et a vincit istam, quæ est formos, quæ æque in ordinatur fundamento.

*Inbas.* Ins naturalis præcipit religionem in Deum, & obligat si iura generalia, sive que nabet in species, ergo etiam matrimonium obligat quæ est inlibet in specie. Respondetur, concedo antecedens, nego consequentiam. Disparis est, quia ratio, propter quam Deus pie colendus est, nunquam cessat, secus vero ratio, propter quam matrimonium institutum est, quia tametsi ego, tu & Petrus a matrimonio abstinere amas, & Ateonnet juvenis istam a nuptiis continentiam vult, non tamen ea propter pertinetur genus humanam.

AD VERS. EA VERO.

**H**ucusque determinavimus, qualiter jus naturale, sequitur, quomodo

jus civile a iure. Maior autem iura civilia deponit in deo, per hoc videtur postea lata, non est expressa contentio, vel defensione, id est contentio, tamen Ratio prius, quia per istam derogant prioribus *l. pu. de contr. p. me. ratio posterior, quia eo in iure hoc derogat. Iur. scripto l. 3 §. pu. ff. de test. Adm. hic num. 22. Et 33.*

## §. FINAL.

**O**bjectum Juris triplex est, personæ, res, & actio, omne enim jus, inquit Imperator, quo nuntur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet. Personæ sunt, quibus & a quibus jus redditur. Res de quibus jus dicitur. Actiones, per quas jus redditur. *Peregr. hysit. hic.* Cum vero parum sit jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur, ideo prius de personis videamus.

## TITULUS III.

### DE JURE PERSONARUM.

#### SUMMARIA.

- 1 *Personarum divisio.*
- 2 *Forma in usu juris est homo.*
- 3 *Hermaphroditum quo revocandum?*
- 4 *Definitur liberus.*
- 5 *Servus quid sit?*
- 6 *Servus quo jure tales sunt?*

**P**ersona nihil aliud significat, quam hominem, *arg. rub. tit. ff. de statu homin.* summo autem & prima personarum divisio est, quod omnes homines, aut sint liberi, aut servi.

Dices: Male dividitur homo primaria divisione in liberum & servum, debe-

ret enim potius in marem & femineum dividi. Respondetur, si naturam spectes, homines debere discerni primaria divisione in marem & femineum, non vero si statum personarum respicias, qui hominem considerat primario vel ut liberum, vel ut servum.

Quæres primo, an femina in usu 2 Juris appellatione hominis veniat?

Dixeris, quod non, quia femina est monstrum, ergo non continetur appellatione hominis *l. 14. ff. de par. homin. antecedens probatur.* Monstrum est effectus a solita & intenta nature operatione degenerans, sed talis effectus est

faciunt autem quoniam natura intentione prius  
et a vi et naturalis in tali statu optatum;  
etiam de iure per l. 3. § 5. ff. de pen.  
ut de iure in tali statu optatum. his ver-  
bis, quod si non autem, aut non per iure,  
per iure, per iure in tali statu optatum. Ecce! pri-  
us et expressis huiusmodi opponitur, ac si  
huiusmodi non esset.

Ad contrarium sententia vera est, eam-  
que huiusmodi alieni dignantur. Huiusmodi  
Trent. vol. 1. disp. 2. § 5. Class. D. D.  
Franz. Inst. h. t. n. 11.

Probatur per apert. text. l. 151. ff.  
de V. S. des verbis, hominum appellatione  
semper sanctorum, quam masculinum contineri  
non dubitatur.

Ad primum respondetur distinguen-  
do antecedens. Fœmina est monstrum in  
philosophicum, translatum antecedens;  
Juris, in, nego antecedens, & conse-  
quentiam. In usu Juris monstrum dicitur,  
quod contra formam humani ge-  
neris in verso in re procreatur d. l. 14.  
Deinde monstrum illud proprie dicitur,  
quod raro nascitur, ac inordinatum pha-  
langem quis numerabit?

Ad secundum respondetur, per homi-  
nem ibi intelligi si sit in utero existens  
aut sensatus, si ex potestate arbitrii  
aut vel amatori mulieri prægnanti  
dato, vel ipsa mulier prægnans vel homi-  
nis id est fixus in utero existens, per-  
tinet, is, qui postulum dedit, ultimo  
super, l. c. aff. endus est.

3. Quæres secundo, quo terrocandi sint  
hermaphroditi, siue androgyni ex utro-  
que parte constituti.

R. spon. etur ceterum in l. 1. esse ad illum  
sexum, qui eisdem prævalet L. 1. §.  
de stat. Fran.

Quod si utroque sexu valeant, iuben-  
tur unum eligere, quæ uestitione facta,  
permutare deinceps non permittitur.  
Münch. Inst. h. c. Class. D. D. Franz.  
loc. cit. num. 13.

Dees. Hermaphroditus, qui utroque  
sexu videtur, non admodum rarum ad professionem  
reus olim, ergo neque admittendus  
est ad matrimonium. Respondetur  
contra hoc antequam se res, nego consequenti-  
am, qui in laicos non videtur matrimo-  
nio iniunctum, qui habili est ad perfe-  
ctam copulam. At immanem sapientia inde-  
centia non & summe videtur periculosum,  
sive unarum coetus in misceri illam, qui  
agere iurum potest, aut v. rorum conno-  
bio inferi illam, quæ pati vim viri potest.

## §. ET LIBERTAS I.

**L**iberi dicuntur, qui libertate gau-  
dent, quæ definitur, quod sit natu-  
ralis facultas ejus, quod cupere facere libet,  
nisi si quid sit aut jure prohibeatur.

Dicitur primo, naturalis facultas, hoc  
est potestas ex ipso Jure naturæ permissi-  
vo descendens, & homini competens,  
quia secundum naturam omnes homines  
nasci iur liberi. Trinc. Inst. de libert.

Dicitur secundo, quod cupere facere  
libet, ut denotetur, quod ille proprie  
& ver. lib. dicatur, qui potest facere,  
quod libet, & qui habet potestatem vi-  
vendi ut velit. Morz. loc. num. 4.

Dicitur tertio, si si quid sit in illi-  
ge vim iustam, v. g. bellum. Morz. §.  
servi 3. h. t. Vis enim iniusta libertatem  
non tollit, quæ facti, libertas vero  
juris est, ea autem, quæ sunt facti,  
non tollunt, quæ sunt juris. Unde  
fuit, quod is, qui in carcerem dejectus,  
aut a latronibus captus est, libertatem  
non amittit, aut dumtaxat libertas  
quod actum secundum seu exercitium  
tollatur. Harp. num. 4. hic & Manz.  
num. 5.

Dixi quarto, aut jure prohibetur,  
sic tamen liber sis, non tamen facultatem  
habet furandi, moechandi, occi-  
den-

dendi, &c. ista enim de jure prohibetur fieri, nec quis ea iura sine velle presumitur, quoniam id duntaxat velle dicimur, quod jure possumus. *L. nepos 125. de U. S.*

### §. SERVITUS 2.

5 **S**ervi sunt, qui in servitute vivunt, quæ definitur, quod sit *constitutio juris gentium, qua quis dominus alieno contra naturam subijcitur.*

Dicitur primo, *Constitutio juris gentium*, hoc est, quiddam jure gentium introducendum, & constitutum, quoniam non potest esse jure naturalis, cum natura homines omnes liberi nascantur. *Prim. Inst. de libers.*

Dicitur secundo, *qua quis dominus alieno.* Nemo enim sibi ipsi servire, aut proprius esse potest. *L. 26. ff. de servut. proad. rust. Harp. num. 4. Et §. hic.*

Dicitur tertio, *Contra naturam*, id est, contra jus naturale permixtum, quo ante introductionem servitutem omnes nascebantur liberi. *de princ. de libers. Schambog. lxx.*

Differt quoque per ista verba: *Contra naturam*, patria potestas a potestate dominica, quoniam per istam liberi parentibus non contra, sed secundum naturam recte subijciuntur. *Mauz. num. 6.*

### §. SERVI AUTEM 3.

6 **S**ervi non a serviendo, sicut mercenarii pro mercede serviunt, sed a servando etymologiam trahunt, eo quod prohibitum, constitutumque fuerit, ut

servi vel venderentur, vel sibi potius servarentur, quam ut crudeliter & inhumaniter trucidarentur.

### §. SERVI 4.

**S**ervi vel nascuntur tales, vel fiunt tales. Nascuntur servi, qui ex ancillis nostri generantur, & hi proprie vernæ appellantur, eo quod nascuntur verno tempore, quod tempus anni maxime naturale factum est *L. 36. ff. de legat. 2. Glos. ibidem.* ratio vero, quare natus ex ancilla servus fiat, est, quia partus ventrem sequitur. *L. 7. Cod. de R. V.* Finit servi vel ex jure gentium vel ex jure civili. Ex jure gentium per captivitatem, justo namque bello capti servi capivimus efficiuntur *§. 17. Inst. de rer. divif. Et acquir. rer. moven.* ex jure civili per ventilationem sui ipsius, qui scilicet preti participandi causa servandari passus est, de jure civili efficiatur servus *Schamb. lxx.* Quia hinc hac de materia differentem vide, ego non multum attendenda duxi, quæ non amplius sunt in usu, quemadmodum servitutes in usu esse desierunt.

### §. FINALIS.

**I**nter servos nulla penitus est differentia, & una omnium servorum est conditio, omnes enim eandem servant servitutem. In liberis autem hominibus multum interest, utrum ita erant, an vero liberi facti sint. Priores vocantur ingenui, posteriores libertini, de quibus in ordine titulo sequemus.

TITULUS IV.  
DE INGENUIS.

## SUMMARIA.

- 1 Et  
2 Ingenium quomodo dicatur?  
3 Filiofamilias a patre venditus ingenium manet

**I**ngenius ille dicitur, qui statim, ut natus est, liber est, illud non refert, ut quis dicatur ingenuus, sive nascatur ex duobus ingenuis, sive ex duobus libertis, sive ex uno ingenuo, & ex altero libertino l. 5 § 2. ff. de stat. hominum. Unde fuit differentia inter ingenuum & libertinum, nam libertinus liber sit, non nascitur. L. 8. Cod. de manumissis.

Dices, si quis in utero existens manumittitur, prout ad fieri potest. L. 14. Cod. de fideicom. obere talis statim nascitur liber, & tamen non est ingenuus, ergo. Respondetur, ad hoc, ut quis dicatur ingenuus, requiri, ut statim, quando nascitur, sit liber, et non venditus, non vero ratione manumissionis, ad hocque debet fuisse natus ex libera matre L. 5 § 2. ff. de stat. hominum. Illud autem non refert, quo tempore ex tribus mater libera fuerit S. hanc. l. c.

## AD VERSUM ET QUIS.

**I**ngenius etiam dicitur, qui ex matre libera patre vero servo, vel etiam incerto patre (qui in vulgo quaesitum dicitur) nascitur. Ratio, quia quantum attinet ad libertatem patris venditoris, seu dantis in seipsum, ratio rationis, qui a extra iustas nuptias contra ius ventrem sequitur, & cum non in in patris sequi non potest, hinc enim habere non censetur, cum pater is dicatur, quem iustitiae mutae demonstrant, atque ut libero cum sociata, sic libera cum servo non censetur iustum matrimonium L. 1. Cod.

de interst. nupt. Marz. num. 8. hic. Rationem rationis aliam assignat Schneid. hic n. 4 quia libertas matris tribus temporibus prodest partui, scilicet tempore conceptionis, natiuitatis, & medio tempore cum ex aduerso patris libertas unius duntaxat scilicet tempore generationis prodest. Unde sequitur, ut quis liber nascatur, sufficere liberam fuisse matrem, vel tempore partus, sive editionis, vel conceptionis, vel etiam tempore intermedio Quando enim agitur de modo partus, tunc, qui in utero est, pro nato habetur l. 7 ff. de stat. hominum & calamitas matris ei nocere non debet, qui est in utero, text. hic. Sicut etiam crimen paternum, vel poena paterna, nullam maculam filio infligere potest. L. c. r. r. 26 ff. de p. n. exceptio crimine laesae Majestatis L. quia p. n. § 1. Cod. ad L. Jul. de reat. Schneid. num. 3.

Ex illo prior prior quod calamitas matris ei nocere non debeat, qui est in utero, laudabilis ille mos, & usus fluxisse censetur, qui ubique in Judicis hodie observatur, ut scilicet femina praegnant, quae ultimum supplicii damnata est, servari, & poena differri debeat, donec pariat, sicut nec interim quaestioni subiecta, nec torturae imponi potest l. 3. ff. de p. n. eademque causa est, cur mulier praegnant non debeat humani, antequam partus ei excidatur, aliqui nigris animas cum gravida perempta videre. rur. L. 2. ff. de mortuo inferendo. Harp. hic. n. 16 S. lucid. n. 4.

## §. CUM AUTEM I.

**Q**uid si aliquis natus sit ingenuus, & per errorem forte in servitute conceptus, deinde post aliquod tempus veluti servus ex potestate servitutis manumissus.

nummus sit, quaestio est, utrum hoc manumissio ingenui tantum sit et non libertine cordis, ut sit effectus? Ad hoc respondet In praeter, non officere ei, in servitute si sit, sed in hominum ingenium esse. Ratio, quia errore veritas non immutatur. *L. 6 in pr. ff. ad mun. op. Ratio aia*, quia talis manumissio tantum est facti, ingenitas vero est ju-

ris, atque ea, quae facti sunt, non impediret ea, quae juris sunt. *L. 27 §. pater 2 ff. de p. d. si quis hoc.*

Ex quo nota notetur, quod, si si-  
lus factus est a patre et beneficiarius iam  
venditus res manum, ingenuus manent.  
*L. 2. Cod. de patib. qui p. cor. d. p. x. Ratio*, quia talis casu non tam abilis, qui in  
suspensa potius, dicitur ingenuus.

## TITULUS V. DE LIBERTINIS

### SUMMARIA.

- 1 *Libertinus quis dicitur?*
- 2 *Modi manumissionum recensentur*
- 3 *Jurisdiclio ubi voluntaria, ubi contentiosa.*
- 4 *Manumissio ubique locorum recte fit.*
- 5 *Libertus qui replectitur fuit?*

**L**ibertini sunt, qui ex iusta, id est, vera & legitima servitute manumissi sunt. *Text. hic.*

Dices, quidam ad libertatem perveniunt, & sunt libertini absque manumissione v. g. servus venditus, in intra certum tempus manumittatur. *L. 1. l. 3. l. 4 ff. qui sive in man. ff. ad abert. peruen.* Item derelictus ob gravem infirmitatem, *L. 2. d. l. 1.* Et qui derexit nocem domini *L. 5. end.* ergo definitio data non sufficit. Respondetur primo, quod In perator ad manum libertinitatis respexerit, qui unum esset primo ex manumissione processu. *Manu. mun. 3.* Respondetur secundo: sicut libertini absque manumissione hominis relictos concedo, absque manumissione legis interpretatus nego. *S. hinc. hic.*

Manumissio est de manu datio, seu de potestate domini libertatio, manum enim pro potestate accipitur, *hic §. l. 4. ff. de j. §. j.*

Ista autem manumissio non ex jure naturae, sed ex jure gentium est, ratio quia jure naturae omnes Liberi natebuntur, ac si de privato praescriptum habuerim, manumissio servituti, sed de jure naturae servitus erat incognita, ergo nec nota erat manumissio. Quare autem manumissio sit effectus a c. d. dicitur, ratio est, quia ea res juris est actus, ejusdem est distinctus *L. 35 ff. de R. j.*

### §. MULTIS.

**E**numerantur haec aliqui modi manumittendi, quos inter primus erat, qui publice in Ecclesia fiebat, ubi Dominus servus suis, coram Archiepiscopo & plebis aspectu, libertatem praestabant. Et hujusmodi exemplum adhuc videre est Aureas in Can. ad dextram altaris Ecclesiae Catholicae. *S. ante Crucem, sive ad sanctam Crucem dextram ubi omnes servos libertate donare consuevit fuerat.* *Manu. mun. 2.*

Secundus modus manumittendi servos fiebat publice apud Magistrum in *servitutem*, hoc modo dominus datus servum ad praetorem, & licet Praetor virgula, quam ei praeferebat praedictis solennibus verbis servum tangebatur, dominus, deinceps ter illa virga percutiebat manum libertati adun, & ter dicebat, *q. re- esse*

esse liberos, postea ipsum in gyrum rotavit & sic circumactum dimittabat. *Schneid. hic, § Manz. num. 4.*

Tertius modus manumittendi fiebat per testamentum, cum quis servum suum in testamento liberum esse iussisset, vel quavis alia ultimâ voluntate, puta, per codicillos, legatum. fideicommissum, &c. quod enim alicui permissum inter vivos, multò magis permittendum est in ultimis voluntatibus. *Manz. n. 10.*

Quartus modus manumittendi fiebat extra iudicium inter amicos, quo in casu necessarij erant quinque testes, & interpositio scripturæ. *L. un. §. 2. Cod. de lib. toll.*

Quintus modus fiebat per Epistolam, quando volente dominus servo absenti, & in alio loco degenti iterum permittente, ut liber viveret. Tais autem epistola quinque testibus debuit esse subscripta. *L. un. §. 1. Schneid. hic. cit.*

#### §. SERVI VERO.

**P**RO pleniori hujus paragraphi intellectu notandū, quod actus alius dicitur Jurisdictionis voluntariæ, alius contentiosæ. Jurisdictio voluntariæ est, quæ exercetur tunc, quando partes ita ad iudicium veniunt, ut utraque pars & omnes, quorum interest, consentiant, nec una pars alterius contradictione impediat. Ejusmodi actus sunt manumissio, emancipatio, arrogatio, insinuatio domiticiæ, testamenti factio apud acta iudicis &c. Vides proinde, quod voluntariæ jurisdictionis non ex parte Magistratus, qui officium suum præstare imperarij semper debet, ac necesse habet: sed ex parte illius, qui ad Magistratum: *Harp. hic. num. 3.*

Jurisdictio contentiosa tunc exercetur, quando partes ita ad iudicium veniunt, ut inter se contendant, & una

*Rees ad Legistat.*

alteri contradicant, ac ea propter quæ non in volentem, sed in invicem, contententem, & reluctansem exercetur. *L. 83. §. 1. ff. de V. O. Manz. num. 4.* Porro sicut voluntariæ, & contentiosæ Jurisdictionis: ita de plano, & pro tribunali cognoscere differunt. De plano cognoscit Magistratus, qui non nisi voluntariam. *L. 9. §. de plano 3. ff. de off. proconsul. pro tribunali verb, qui contentiosam Jurisdictionem exercet. L. 13. §. 10. ff. de excusat. cur. Harp. num. 1. hic.* His prælibatis,

Quæritur, ubi & quando manumissio fieri possit? Et Respondet Imperator, quod manumissio fieri possit quolibet tempore & loco honesto, non tantum tunc, cū Præfex vel prætor pro tribunali sedet, sed etiam, quando Prætor aut Præfex in balneum vel theatrum procedit. Illum etiam non refert, manumissio fiat die feriato, vel non feriato. Ratio horum est, quia actus Jurisdictionis voluntariæ ubique & omni tempore expediri possunt. *L. 2. ff. de off. proconsul.* sed manumissio est actus voluntariæ Jurisdictionis. Nam actus judicialis die feriato exerceri nequit. *L. dies festi 11. Cod. de feriis*, & non nisi in loco iudicii juxta regulam, quæ causæ cognitionem desiderant, expediri non possunt, nisi iudice pro tribunali sedente. *Manz. n. 6. ergo, &c. vide etiam Schneid. hic.*

#### §. FINALIS.

**Q**Uæritur in hoc paragrapho, quotuplices sint libertini? Respondetur in textu, olim triplices fuisse, alij erant cives Romani, alij Latini seu Juniani, alij dediticii.

Cives Romani erant, qui aut testamento aut in Ecclesiâ, aut ante consulem, adeoque unò ex modis solennibus, erant manumissi. Et isti jus civi-



tatis confequebantur, poteratque de rebus suis non tantum inter vivos, sed etiam per ultimam voluntatem disponere. Latini dicebantur, qui aut per epistolam, aut inter amicos, adeoque modo minus solenni manumittebantur. Isti erant deterioris conditionis, quam cives Romani, vivebant enim ut liberi, moriebantur ut servi, nam eorum bona à manumissoribus post mortem eorum, licet liberos habuissent, occupabantur, non quidem jure hereditatis, quoniam nulla est servi hereditas, sed jure peculii, idque ex lege Junia, unde etiam Juniani appellabantur. Sic ergo neque testamenta condere, nec sibi in aliorum testamentis relictum poterant ullatenus vindicare *L. 1. Cod. de latin. libert. tollend. Manz. num. 14. hic.* Dediti vocabantur peregrini quidam populi, qui, eam se in Romanorum fidem dedissent, & aliquantulum vecum salvisse, postea rebelles facti sunt, &

à Romanis desciverunt, & arma contra Romanos sumpserunt. At Romani collectis viribus eos impugnabant, qui cum fortitudine Romanorum se inferiores fuerunt experti, abjectis armis se dederunt. Romani autem eos hac ratione superatos adeo humanè tractarunt, ut vitam illorum servarent, sed infamiae notā aspersere, ita ut in veram libertatem, Romanæque civitatis jura pervenire nunquam possent, & quia se dedissent, dediticii vocarentur. *Manz. num. 6.*

Dixi supra omnes triplices fuisse libertinos, hæc autem à Justiniano Imperatore immutata sunt, statutumque est, ut omnes libertini sint unius modi, id est, persequi cives Romani, sublati latinis, & dedititiis *L. us. Cod. d. 1. Quin* imò ex novissima Justiniani constitutione omnimodò sublata libertinorum conditio videtur; omnes quippe manumissi sunt ingenui, nulli libertini, salvo tamen manumissoris patronatus jure. *Nov. 78.*

## TITULUS VI.

## QUIBUS EX CAUSIS MANUMITTERE NON LICET

## SUMMARI A.

- 1 *Manumittere quis possit?*
- 2 *Debitor in fraudem Creditorum non potest manumittere.*
- 3 *Imò manumissio est nulla.*
- 4 *Fraus quid sit?*
- 5 *Et quæduplex?*
- 6 *Utrique requiritur, ut manumissio nulla sit.*
- 7 *Minor 25. annis procurator esse potest.*
- 8 *Solvuntur objectiones.*

Videtur, quid sit manumissio, quomodo, ubi, & quando fiat; queritur, quis possit manumittere? Ad quod respon-

detur, quod regulariter quilibet Dominus habens liberam suarum rerum administrationem manumittere possit, quilibet enim est rei suæ moderator & arbiter *L. 21. Cod. mandati.* & nemo prohibetur uti jure suo vel aliis benefacere. *Scham. hic.*

A regula data duæ ponuntur hæc tituli exceptiones. Prima est, quæ prohibetur debitor, qui non est solvendo, in fraudem creditorum manumittere servos, hæc scilicet animò ut Creditores defraudet. *text. hic. Et L. in fraudem 10. ff. qui Et aq. ubi manumiss.* &c. licet enim libertas magnum favorem mereatur,

adeo

alio tamen extendendus non est, ut in  
Creditorum redundet detrimentum,  
præcipue quoniam favorabilior est cau-  
sa creditorum, utpote, qui de damno  
vando certant, quam servorum, qui  
de lucro captando militant. *Alau. l. ac.*  
*nom. 4.*

Dubitatur utrum manumissio ipso ju-  
re non valeat, an veniat rescindenda.

Dubitandi ratio est prima, quia sa-  
liqua, quæ in fraudem creditorum alu-  
mata sunt, stricto quidem jure valent,  
actione tamen Pauliana revocantur. *§. 6. Inst. de ad. ergo etiam manumissio*  
*ipso jure valebit*

Secunda, quia in *l. 1. Cod. qui ma-*  
*num. non poss.* dicitur libertatem in  
fraudem Creditorum datam revocari,  
& in *l. 1. §. 2. vers. libertas ff. d. t. libera-*  
*tem rescindi*; sed quod ipso jure nullum  
est, non dicitur rescindi, quia privatio  
supponit habitum, & non eæis nullæ  
sunt qualitates, ergo &c.

Verum hoc nihil remorante respondet  
Imperator: it, qui in fraudem credito-  
rum manumittit nihil agit, hoc est, ma-  
numissio nullius momenti, ipsoque jure  
nulla est *L. 28 ff. qui Et d. quib. manu-*  
*missi non sunt liberi*. Ratio est in textu,  
quia lex *Alia Sentia* impedit libertatem,  
quod autem contra legem sit, ipso jure  
nullum est. *L. 1. Cod. de LL.*

Ad primam rationem dubitandi Res-  
pondetur primò concedendo antecedens,  
negando consequentiam, differentie ra-  
tio est, quia debitor nulla lege speciali-  
ter prohibetur res suas alienare, ac proin-  
de tanquam quilibet alius rei suæ mdo-  
rator & arbiter relinquatur. Quamvis  
interim non negetur illas res in fraudem  
creditorum alienatas, Pauliana actione  
revocari posse. *d. §. 6. Inst. de ad.* At  
verò lex *Alia Sentia* vetat nominatim  
& discretè, ne debitor in fraudem Credi-

torum servus suæ libertatem conferat. *L.*  
*5. Cod. de l. lg. Harp. l. ac. num. 7* Res-  
pondetur secundò, quod idè libertatis  
datio in fraudem facta ipso jure nulla sit,  
quia durum valde foret libertatem, ipso-  
tè rem inestimabilem, quæ semel compo-  
terat, sine facto revocari. *Schamb. l. ac.*

Ad secundam Respondetur, quod res-  
cindere, revocare, &c. sæpè in jure nos-  
tro denotent ipso jure nullitatem *L. 1. §. 1. in fine ff. de feriis*. Deinde rescindi  
libertas dicitur, non eò sensu, ac si so-  
mel subsisteret, sed eò, quòd de factò  
rescindatur. *Harp. n. 5. l. ac.*

### §. LICET I.

Quamvis obstrictus debitor in frau-  
dem Creditorum servos suos, &  
ne quidem unicum manumittere queat,  
nihilominus tamen lex *Alia Sentia* con-  
cedit debitori obstricto unum ex servis  
etiam instituire, ratio est in textu, quia  
valde prospiciendum erat, ut egentes ho-  
mines, quibus alius hæres exiturus non  
esset, saltem servum suum necessarium hæ-  
redem haberent, qui satisfactorius esset  
Creditoribus, aut eò hoc non facientes  
Creditorum res hereditarias servi nomine  
vendant; ne injuria defunctus afficiatur?  
quàm ignominiosum enim veteres duxo-  
runt, si hæres defuncti, sub voce præconis  
veneris: Cicero in oratione pro *P. M. Quin-*  
*tio*, demonstrat, *Herch.* inquit, *cujus bonis en-*  
*adello possidentur, hujus contra sumo Et arif-*  
*rimatio cum bonis summi possidetur.* *Et*  
*Shind. num. 8.*

Et hoc sane Creditoribus non est de-  
trimentosum, sed aliquando utile. Ratio,  
quia si nemo adisset hereditatem, ipsi  
ultra defuncti hereditatem nihil consequi  
potuissent. Hoc autem casu ipsum præme-  
res servum habent obligatum, ita ut suo-  
cessu temporis conveniri, & debitum da-  
functi ab eo exigi possit, si is ad melio-

rem fortunam devenit, §. *ab. l. ult. de ob. Manz. num. 6.*

Porro ut servi hæredis institutio in fraudem Creditorum facta subsistat, requiruntur, ut unus dumtaxat servus instituitur Ratio prima, ut eo minus ex bonis decedat. Secunda, quia quod potest fieri paucioribus, non debet fieri pluribus *arg. l. 1. §. quod mel. caus.* atqui per institutionem unius servi ignominia defuncti potest evitari; ergo *Manz. num. 7.* Dein de requiritur, ut nullus ex eo testamentario hæres existeret, secus enim servi hæres l. s. institutio utpote non valida subsisteret, quia cessaret ratio legis, propterquam institutio valet, videlicet ignominia defuncti. *Manz. loc. cit. num. 13.*

#### §. IDEM QUA 2.

**N**ihil autem refert, an testator dixerit, servus Titius v. g. *hæres est* heres, v. simpliciter *heres esto*; ratio est, qui uno e. necesse videtur id omne concessum, sine quo illud haberi non potest, *L. 2. §. de Jur. d. h.* atqui sine libertate hæres nemo esse potest, ergo concessa hereditas videtur etiam tacite concessa libertas; vel aliter, qui vult consequens, debet etiam vel omne necessarium antecedens, quale necessarium est libertas, ut hæres existere possit. *Manz. num. 3.*

Quæres, quid Juris, si dicat testator: sit hæres & non liber? Respondetur institutum & liberum & hæredem futurum. Ratio, quia in necessario junctis inspicitur principalis voluntas, quæ hic est, vellet esse hæredem. Non secundaria, quæ hic est, nolo esse hæredem. Unde cum præsumatur talis testator, voluisse efficere, ut institutus sit hæres, non potuit non velle, eum etiam esse liberum, ut expressio voluntatis contrarie non mureretur. Dixi *cum præsumatur*, quia in

dubio præsumendum non est testatorem voluisse ludere. §. *impossibile. l. ult. de hered. l. ult. S. tumb. l. ult.*

#### §. IN FRAUDEM 3.

**I**N fraudem creditorum manumissio re censetur, si qui tempore, quo manumissio fit, jam solvendo non est (non solvens lo autem esse dicitur, qui non potest subdum solvere, vel ex propria, vel ex fidejussoris substantia, *arg. l. 27. §. 2. §. de fidejuss.*) vel qui per, sive propter manumissionem deinit esse solvendo *text. l. ult.*

Ut autem manumissio in fraudem Creditorum facta non subsistat, & libertas impediatur, animus fraudandi requiritur. Ubi.

Observa, quod fraus sit fraudulenta machinatio ad alterum circumvenienda <sup>4</sup> adhibita *l. 1. §. de dolo malo*, quæ duplex: alia concilii, sive intentionis, sive (ut alii loquuntur) ex proprio, dum quis intendit alterum defraudare. Alia eventus, seu rei, dum quis à parte rei defraudat, & est non solvens lo, circa animum dolosum. Jam ut manumissio <sup>6</sup> impediatur, requiritur utraque fraus, concilii & eventus. Et quidem fraus eventus requiritur, qui non obstat connatus solus *l. 1. §. quod quisque sciam*, Et nec creditores habent, quod conquerantur. Fraus concilii requiritur, quia fraus non est sine machinatione, & crimen contrahitur, voluntas nocendi intercedat *L. 1. Cod. ad L. Corn. de sicariis*. Nam: Actibus in cunctis dominatur sola voluntas. Accedit, quod sæpe de facultatibus suis, amplius quam in us est, sperent homines *text. l. ult.* ut proinde boni si se dimittant servos, putantes, se factu adhuc habere, quod debita expungant. *Manz. num. 4.*

Illud

Illud adhuc circa hunc paragraphum notandum, quòd in alia causa lucrati-va ad revocationem sufficiat creditores fraudari eventus, etiam absque consilio l. 5. *Cod. qua in fraud. credit.* ratio differentie est in solo favore libertatis posita, cum hoc in libertate speciale sit, ut ejus donatio non revocetur, nisi fraus consilii & eventus concurrat. *Manz. n. 7.*

Item sola fraus eventus sufficit ad libertatem impediendam, si hæc in testamento relicta sit. *L. fin. Cod. quib. test. caus. manumitt. non licet.*

#### §. E A D E M 4.

**M**inor viginti annis ex lege *Ælia* *S. C. 1* non aliter, quam vindicta, & iusta manumissionis causa a-  
pud consilium ( ad quod Romæ quinque Senatores, totidemque equites, in provincia verò viginti recuperatores, id est iudices daticives Romani adhibeantur ) approbatâ manumittere permittitur *Schamb. hic.*

#### § J U S T A 5.

**M**inor manumittere non potest, nisi ex iusta causa, uti paragrapho præcedenti dictum.

Queritur modò, quæ sint iustæ causæ? Respondetur varias esse. Prima est, si quis velit manumittere patrem aut matrem. Ratio est, quia inconveniens est, ut parentes sint in potestate liberorum suorum, & ut sint sint castigatores parentum, sic enim naturæ ordo inverteretur. *Manz. n. 1. de.* Contingere autem potest, ut homo liber suos parentes habeat in potestate utpote servos v. g. si ambo pater & filius fuere in unius & ejusdem domino, & filius à Domino moriente hæres institutus est, hoc enim casu filius dominum servorum

acquirat. *Manz. hic. num. 9.*

Reliquas, ut tempori parcat, enumerare, & inutile foret & supervacaneum, cum in textu habeantur, quem lege, & *Manz.* interpretem adhibe. Cæterum inter reliquas causas & hæc enumeratur, si servum manumittere velit *procuratoris* habendi gratiâ.

Ubi observa quòd *Procurator* is dicatur, qui mandatò domini aliena negotia administrat. Hic est vel *judicialis* seu ad lites, quis *judicialis*, vel *extrajudicialis*, seu ad negotia, qui extrajudicialia administrat.

Controversia hic consurgit, an minor viginti quinque annis possit esse procurator judicialis?

Mirum in modum intricata, & in utramque partem agitata est hæc questio, in qua ut clara ab obscuris fœcerantur:

Respondeo 1. De Jure Canonico ex-  
tra dubitationis aleam positum esse, minorem viginti quinque annis procuratorem ad lites constitui non posse. Ita *P. Engl. ad Decret. tit. de procurator. num. 8. Clariss. P. Konig. ad Jus Canon. de Procurat. n. 17. Parrhing. ad Jus Canon. eod. tit. n. 21.*

Probatur per *differt. text. cap. 5. de procurat. in 6.* his verbis: *Licet autem quis post decimum septimum annum procurator ad negotia fidei deputetur, ad iudicia tamen, nisi major viginti quinque annorum fuerit, deputari nequibit.*

Respondetur 2. De jure civili veriorum esse sententiam, quæ sustinet, eum qui decimum septimum annum completit, idoneum procuratorem esse ad lites. Huic sententiæ applaudunt *Zoes. ff. de procurat. num. 11. Huom. var. resolut. l. 1. tra 2. quest. 12. Harp. Instit. de us per quos agere possunt. §. 1. num. 123. Schamb. Instit. b. t. §. 5. vers. quest. Cujac.*

lib. 22. *obf. cap. 6. Arma disp. 1. m. 30.*  
*Perz. ad Cnd. de procurat. num. 9.*

Dissent *Glenk* *Seib* *quasi part. 1. q. 28* *Bubov. ad Truttl. vol. 1. disp. 8. m. 1.* *Lar. E. l'aut de milist. tit. 11. n. 133.*  
*Sichard. tit. 12. Cod. de procurat. n. 19.*  
 Prior sententia, quæ mihi magis ar-  
 rides

Probat 1. ex nostro § 1. *hic* ubi  
*disertè* dicitur, quod servus procurato-  
 ris habendi gratia manumitti possit,  
 dummodò non sit septendecim annis  
 minor.

Dices: Textum intelligendum esse  
 de procuratore ad negotia, sive extra-  
 judicialia. Sed contra est 1. quod *in d. §.*  
 1. agitur de servo manumittendo ad  
 hoc, ut procurator fiat, atqui ad ne-  
 gotia extrajudicialia non est opus, ut  
 procurator manumittatur, cum servus  
 etiam possit esse procurator extrajudi-  
 cialis. *L. 7. §. 1. ff. de inst. nō.* Contra  
 est secundò, quodd ad hoc, ut servus  
 procurator habendi gratia manumittatur  
 possit, requiratur, ut non sit septen-  
 decim annis minor, atqui ad extraju-  
 dicialem procuratorem non requiritur,  
 ut sit major septendecim annis, sed  
 puer etiam talis procurator esse potest *L.*  
*7. §. 2. de inst. nō* ergò §. 1. non est  
 intelligendus de procuratore extrajudi-  
 ciali, sed de judiciali.

Probat secundò hòc valido argu-  
 mentò. In illis casibus & causis mino-  
 res possunt esse idonei procuratores, in  
 quibus non gaudet beneficiò restitutio-  
 nis in integrum. *Arg. L. §. 1. ff. de procu-  
 rat.* Sed minor in casu, quo procurator  
 judicialis constituitur, non gaudet be-  
 neficiò restitutionis in integrum *L. 23 ff.*  
*de minor.* in verbis: *Non est alius man-  
 dasset non et succurratur.* Ergò minor vi-  
 ginti quinque, major tamen septende-  
 cim annis potest esse procurator ad lites.

Probat 3. *ex l. 1. §. 2. ff. de postulando.*  
 Ubi asseritur, quod is, qui septendo-  
 cim annos complevit, postulare possit,  
 ergò multò magis poterit esse procurator  
 in judicio, advocati enim officium lon-  
 ge gravius est, quam procuratoris, prout  
 exinde patet, quòd infames possint esse  
 procuratores, non verò advocati *d. l.*  
*1. §. 1.*

Ob. 1. Minor viginti quinque annis  
 non potest esse in judicio defensor *L. §. 1.*  
*ff. de procurat.* ergò neque procurator.  
 Consequent probat *Glenk* *Seib* *at* hoc  
 modò: Ideò prohibetur esse defensor,  
 quia restitutione in integrum impetratà,  
 judicium redderetur elusorium, sed res-  
 deretur quoque non rarò elusorium, si  
 possit esse procurator, quia principali  
 ad solvendum inintendens, restitueretur  
 in integrum *L. 23 ff. de minor.* ergò, *dic.*

¶ Conc. ant. negando consequen-  
 tiam & paritatem. Disparitas est, quòd  
 defensor sit dicitur, qui sua sponte sine  
 mandato reum judicio defendit: Procu-  
 rator verò ille sit, qui ex mandato do-  
 mini lites gerit. Non mirum proinde,  
 quòd minor viginti quinque annis de-  
 fensor esse nequeat, possit tamen esse pro-  
 curator; in casu enim, quo defensor  
 rem agit, si sententiam defensori præjudi-  
 ciosam tulisset, restitutionem in integrum  
 petere potest, atque taliter judicium red-  
 deretur elusorium. Secùs est in casu, quo  
 procuratorem agit, ubi licet sententiam  
 suo principali nocivam tulisset, & sic  
 ipse principalis propter minorem ætatem  
 sui procuratoris latus esset, restitutio ta-  
 men minorem principalis incassum pa-  
 teret; quoniam ipse sum debet imputa-  
 re facilitati, quòd procuratorem non  
 magis idoneum constituit, dominum  
 proinde quod sentit, sentire non videtur  
*Arg. l. 203 de R. l.*

Ob. 2. *L. 1. §. 2. Cod. de legimus. pers.*  
*fluend.*

*Secund.* Ubi dicitur, quod minor viginti quinque annis non habeat legitimam personam standi in iudicio, ergo non poterit esse procurator. *¶* dist. ant. non habet legitimam personam standi in iudicio in causa propria, siue nomine proprio, conc. ant. nomine alieno, neg. ant. & conseq. Ratio differentie est, quod in priori casu, quod nomine proprio ageret, si laderetur, gauderet beneficio restitutionis in integrum. Secus in posteriori, ubi minor nullum dampnum, nullam lesionem patitur, si quatenus principalis latio emergat, debet sibi imputare, quod talem dederit procuratorem, quem etate minorem constituit infirmum, & iudicio fragilem novit, vel nolle debuit.

Ob. 3. qui nondum complevit legitimam etatem, procurator in iudicio non potest existere *L. 12. Cod. de procurat.* Sed legitima seu perfecta etas compleri dicitur viginti quinque annorum curriculum *l. fin. Cod. de his, qui ven. etas impet. verb. perfecta etas illam etatem esse volumus, que viginti quinque annorum curriculum compleitur.* Ergo, &c.

*¶* Quod extrema etas pro subiecta materia varie accipitur, ita ut aliquando quatuordecim annos significet, quandoquodum in hac etas legitima est ad matrimonium contrahendum, ad testamentum condendum, &c. Subinde legitima etas etiam septem annis compleitur, prout in sponsalibus pangendis ista etas desideratur. Quandoque legitima etas triginta annorum, ut in Episcopo. Licet proinde viginti quinque annorum etas legitima sit ad aliquos effectus, non tamen sequitur ad omnes tantam etatem desiderari.

**C**ausa: Minor viginti annis manumisse servum, asserens & probans eum fuisse alumnus, v. g. qui tamen non fuit, hinc si hoc posset patet, queritur, an manumissio retractaretur? Respondetur: manumissionem non retractari ob favorem libertatis, maxime cum id in solius manumittentis, non etiam tertii ullius prejudicium vergat.

## §. CUM ERGO FIN.

**D**ictum supra, quod viginti annis minor servum manumittere non possit, & quidem propter constitutionem legis *Ælie Sentent.* Verum Imperator huius legi derogavit, sic enim secum argumentabatur: Is qui quatuordecim annis complevit, potest testamentum facere, & de rebus omnibus disponente *L. 1. §. si testamentum facere possit.* ergo etiam debet posse dare libertatem in testamento, cui enim licet, quod plus est, debet etiam licere, quod minus est, *cap. cui licet 13. de R. J. in 6.*

Contrariarum vero ratio, quod reliquæ res sint pretio æstimabiles, sola vero libertas sic inæstimabilis *L. 176. §. in fons. ff. de R. J.* Hinc cum pro utraque parte essent rationes, Imperator medium elegit, & ut major septemdecim annis testamentis libertatem dare posset, statuit; ratio est in textu, quia qui ad hoc sapit, ut pro aliis postulare, advocare, & suo patrocinio alium juvare possit, is haud dubie sibi quoque recte consulat: atqui is qui decimum septimum annum complevit, pro aliis in iudicio stare & postulare potest. *L. 1. §. 3 ff. de postulando, ergo, &c.* Jure novellæ autem etiam quatuordecim annos habenti permittitur testamentis dare libertatem. *Nov. 119. cap. 2.* Iste enim libertas res sit iusti-

inestimabilis, id tamen respectu servi est intelligendum, cui multum per eam accedit, domino autem nihil vel modicum decedit, nam ex l. 3. *Cod. comm. de legat.* constat, quod servi & ancillae majores decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimantur, minores vero decem annis decem solidis. Si autem ar-

tificae sint, usque ad triginta solidos eorum aestimatio procedat, siue masculi siue feminae sint. Exceptis Notariis & Medicis utriusque sexus. Notarios enim quinquaginta solidis aestimari, Medicos autem & obstetrices sexaginta voluerit Imperator Justinianus. *L. 1. §. Cod. de comm. serv. manumiss.*

## TITULUS VII.

## DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLE NDA.

## SUMMARI A.

- 1 Lex Fusia Caninia quid sancierit?
- 2 Argumentum, à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat?

**E**X lege Fusia Caninia obtinebat, ut certus numerus manumittendorum servorum in ultimis voluntatibus servaretur, & ita fuit restricta libertas manumittendi in testamento: Etenim si quis habuerit duos servos, ambos manumittere poterat in testamento; si plures habuerit, dimidium eorum partem usque ad decem licebat manumittere; si ultra decem habuerit, tunc usque ad triginta partem tertiam, à triginta usque ad centum quartam partem; à centum usque ad 500. partem quintam poterat manu-

mittere, plures autem quam centum non licebat manumittere, ratio, ne libertinis & sordidis hominibus repereretur civitas. Verum Iustus Iunianus hanc legem tum libertatis, tum ultimae voluntatis favore abrogavit, ex ratione, quod quidquid alicui conceditur inter vivos multo magis idem ultimis voluntatibus concedendum si cum liberum esse debeat, id quod non impius relict, arbitrium. *L. 1. Cod. de Sacros. Eccl. Schamb. lte.* Ex hoc paragrafo DD notant, argumentum à contractibus ad ultimas voluntates valere, quod est verum affirmativè, tamquam à minori ad majus, veluti hoc licet in contractibus: ergo etiam in testamentis, non autem negativè, sicut nec argumentum à minori ad majus negativè valet. *Schmid. hic num. 6.*

## TITULUS VIII.

## DE HIS, QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

## SUMMARI A.

- 1 Sui juris quis dicatur?
- 2 Jus affili.
- 3 Quo Jure competas?
- 4 Ecclesia consecrata an gaudens Jure

- 5 affili?
- 6 An polluta?
- 7 Quando polluantur?
- 8 An per actum conjugalem?
- 9 Quibus Jure competas Jus affili?

9 *Quibus non competit?*

10 *Fugient ad Sacerdotem S. Eucharistiam portantem an Jure asyli gaudeat?*

2 **E**Xposita prima personarum divisione, qua omnes homines, vel sunt liberi, vel servi, sequitur nunc altera, qua hominum alii perhibentur *sui juris*, alii *Juri alieni*. Alieni Juris sunt, qui domum vel patriam potestate continentur. Sui contra Juris sunt, qui in neutra potestate existunt. Agit autem Imperator primo de iis personis, quæ sunt alieni Juris, ratio est in textu; nam si cognoverimus, quæ illarum personarum sint, simul intelligemus quæ sui Juris sint, quæ contrariorum eadem est notitia, & eorum uno cognito cognoscitur & alterum. *Mans. hic.*

#### §. IN POTESTATE 1.

**E**Xpleat hic Imperator, qui sint in potestate domini; atque, quod servi. Et hæc potestas est juris gentium; constat enim eam apud omnes gentes permixte receptam fuisse. Effectus hujus potestatis duplex erat. Primus, ut servus nihil proprium haberet quicquid acquireret hoc omne Domini acquireretur solum scienti, & ratum boni, sed etiam ignoranti, & invito, *l. 3. In p. per quas pers.* Secundus, ut Dominus in servos Jus vite & necis habere potest, ut in eo impune eos occidere liceret, quod ea ratione nisi videbatur, quia quilibet est suorum rerum moderator, & arbiter. *Text. hic.*

#### §. SED HOC 1.

**E**stet olim Dominus in servos habuerat Jus vite & necis, hæc tamen potestas ex constitutione Iulii Antonini restricta, sancitumque est, ut non occideret servum sine iusta causa legibus cognita

*Res. ad legistam.*

occidere, sub pena humanæ illi, & legis Cornelie, & ne quidem in eum intolerabiliter servire, ratio, quia lex non occidet nisi Juri naturalis, cujus ipsi quoque servi sunt capaces. Deinde republicæ interest locupletes habere & subditos. Porro occasione hujus paragraphi aliquis habet de jure asyli discutere, quod nihil est aliud, quam privilegium, quo gaudent Ecclesie, ut confugientes ad illas, vel ad asylum per vim extrahi non possint. *Parburg. de immunit. Eccles. ioc.*

#### 2. §. 1.

Quæret primo, quo jure competat Jus asyli? Multum refert scire, num Jure naturali, num Divino, num humano posito Jus asyli competat; nam si Jure naturali, aut Divino competere dicas, & affirmes, necesse est talem immunitatem Jure positivo humani per consuetudinem, aut legem contrariam tolli non posse. Respondet, communiter opinari Jus asyli, neque Jure naturali, neque Divino, sed humano tantum canonico, & civili introductum esse. Ratio, quia exclusus prohibitione non intrinsece malum est, reus ex templis extrahere si sit hoc cum debita reverentia. Quod intrinsece malum non sit, patet ex eo, quia sunt casus excepti, quibus licet reos extrahere ex templis, qui casus excepti non possem, si intrinsece malum foret ex templis extrahere reos; nam quod intrinsece malum est tale esse definire non potest, nisi existas rerum mutari posse existimes. Verum ergo manet, Jure naturali Jus asyli non competere. Neque etiam competit Jure Divino, nam licet hoc Jus præcipiat, DEUM colendum, & locus sacris reverentia exhibendam esse, non tamen inde recte ad immunitatem reus præstandam inferatur, cum e contra etiam crimina coercenda esse, Jure naturali & Divino statum sit.

G

Deinde



Deinde ostendi non potest, Jus Asyli in sacra scriptura Ecclesiam datum esse, aut ab Apostolis traditum. *Zoef. de immunit. Eccles. num. 6 Engl. cod. tit. n. 7. Gratian. in cap. 4. n. 8. cod.*

- 4 Quæres secundo, Utrum omnes omnino Ecclesie etiam necdum consecratæ, polluta, vel interdicitur hoc Jus Immunitatis habeant?

Quod attinet ad Ecclesias necdum consecratas, in quibus tamen cum licentis Episcopis mulæ celebrantur, tentus expressus habetur in cap. 9. b. i. quod immunitate gaudant. De aliis vero Ecclesiis non consecratis, in quibus nullæ adhuc n. illæ lectæ sunt, tentus quidem expressus non habetur, communis tamen opinio etiam n. hoc privilegium adscribitur, quia i. in Ecclesia ex sola assensuativa deputatio sacra censetur. *Arg. cap. ad h. de res. domib. Ubi dicitur locum ad usum hospitalitatis destinatum, non esse mundanis usibus deputandum. Zoef. loc. cit. num. 8.*

- Ad Ecclesias pollutas quod attinet, etiam si Jus Asyli competere verius esset, quia effectus pollutionis eatenus tantum operatur, ut divina officia in Ecclesia celebrari nequeant, adeoque cum inter effectus pollutionis Jure expressus illæ sit scilicet Jus Asyli amittatur non soperiatur, alii effectus propria auctoritate statuendi non sunt, nec sine textu augeatur, aut iudicetur. *Zoef. ad Decret. de immunit. Eccles. n. 9. Engl. n. 11.*

- 6 Secundum Ecclesiam primo polluta per sepulturam infidelis vel etiam fidelis excommunicati aut hæretici. Secundo per homicidium aut sanguinis injuriam, si. si. si. Tercio per effusionem seminis humani cap. p. de consecrat. Eccles. dicitur inter effusio seminis esse voluntaria, & publica: Nam involuntaria non polluit Ecclesiam. Et occulta

pollutio sive fornicatio Ecclesiam non polluit, quia Ecclesia de oculis non judicatur. in cap. signipenti 5. de adulterio, ideo reconciliatur, necesse est videtur, quia j. publice delictum detectum est. *Per. r. de consecrat. l. c. l. 3. ubi ad hoc requiritur, ut per effusionem seminis polluitur Ecclesia, notuissimum delictum. Zoef. num. 5. & d.*

Per actum conjugalem Ecclesia si polluta communiter ducunt, hoc enim salis actus in se non ponit peccatum, sit tamen effusio seminis sacrilega propter irreverentiam loci sacro habitam. Quod si ratio necessitatis copulam conjugalem exigat, forte, quia conjugati ab hostibus in templo oblecti aut conclusi sunt, & locum exierendi copulam non habent, & sine periculo intromittent abstinere non possint, tunc Ecclesiam non polluit communiter obtinet, necesse est enim non recipit legem. *Zoef. n. 8. Engl. aut. 12.*

Ad Ecclesias interdicitur quod attinet, non obstantibus interdicio Jus Asyli consistit, cum inter effectus interdicii non ponatur privatio illius immunitatis, adeoque poena sine expresso textu non extendenda est, cum oia restringenda sint. Accedit quod Clericus, licet interdicitur suspensus, aut excommunicatus sit, tamen retinet privilegium Canonici, & fori: ergo etiam, licet Ecclesia interdici sit, tamen retinebit Jus Asyli, sicut omnino in priori casu sine expresso textu poena restringi debet, ut etiam in posteriori casu ab observandum. *Engl. & Zoef. dd. in.*

Quæres tertio, quibus ergo competit Jus Asyli? Responderetur cum distinctione: aut enim loquimur de servo aut de libero homine. Primo casu, si servus propter animam servituti domini confugit ad Ecclesiam, tunc habet locum asilo.

dispositio paragraphi a. l. i. ut dominus cogatur cum bonis conditionibus vendere. Si vero propter modicam severitatem domini, vel leve aliquod delictum commissum erga dominum, servus utens punitur a domino ad Ecclesiam consilgeri restituendus est domino; preterita tamen cautione de viis & membrorum impunitate. *l. 6. §. si servus. Cod. de his qui ad Eccles.* Secundo casu subdistinguitur, aut liber homo propter debitorum oppressionem confugit ad Ecclesiam, aut propter debitum. Si prius tunc quidem immunitas erit, ut extrahi non possit, curatur tamen à Judice, comparabit aut per se, aut per procuratorem, & sit rursus in banorum possessiorem. *d. l. 6. §. 1. Cod. de his qui ad Eccles.*

Si posterius, tunc vel commisit debitum atrox, cui venit imponenda corporalis, vel cui venit imponenda poena pecuniaria. Si hoc, immunitas gaudet, ut invitum extrahi non possit, *l. 2. Cod. eod.* ratio, ne turbentur ministeria divini preces & vota, quae cum pace & quiete fieri oportet. *l. 1. Cod. eod.* Si illud, de jure civili immunitate non gaudet, adeoque invitum extrahi potest. *Nov. 17. cap. 7. de mandat. princip.*

Dico de jure civili, licet est de jure Canonico de quo immunitas tam in causis civilibus, quam criminalibus locum habet, & propter nullum crimen reus extrahi potest, nisi in casibus jure exceptis.

Excipiuntur autem sequentes. Primo occedentes vel militantes in Ecclesia, aut ejus cimiterio, frustra enim legis auxilium implorant, qui delinquant in *9. legum cap. 10. de de immunitat. E. l. c. §. 1. Nov. 117. cap. 11.* Secundo publicus latro seu viarum grassator, & nocturnus agrorum depredator *cap. 60. l. Tercio, scilicet proditorie. Proditorie occidens*

dicunt, qui ex proposito & animo deliberato occidit, sine ira aut ira subita commota. *Zanf. de immunit. Eccles. num. 28.* Quarto assensus dantes vel accipientes pecuniam pro occisione. Quinto qui criminis lesae Majestatis in personam Principis. *Langf. D.P. Rom. ad Decret. d. l. n. 10.*

Quæ res quarta, an gaudet Immunitate confugiens ad sacerdotem portantem sacram Eucharistiam?

Dixeris quod non, hoc indubius argumentum. Si Eucharistia ad incarcerationem defertur, talis non gaudet immunitate Ecclesiastica, ergo neque qui confugit ad sacerdotem portantem Eucharistiam.

Verum communiter tenetur DD. contrarium, propter quod enim unumquoque tale est, illud magis est tale, sed propter Deum Ecclesiam est hæc immunitas concessa; ergo longe magis DEO Confirmatur ex eo, quod procul dubio quis non cum minori irreverentia per lictores à Venerabili, quam Ecclesiam abstraheretur. *Lui. de immunit. 11. P. Epist. lib. 1. num. 17. Dissertit Cuvier, var. resolut. lib. 2. cap. 2. n. 6.* eo, quod hæc immunitas locis tantum sacris jure Canonico concessa reperitur.

Ad rationem dubitandi Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam; differentia ratio est, quod incarcerationis non sit amplius liber Immunitatis autem Ecclesiastica effectus est, ut exilium in libertate in ea conservetur, non ut vinculus in libertatem illinatur, ut in captivo per Ecclesiam auditus patet, qui similiter hac Immunitate non gaudet, quia etiam liber non est. Secus est in casu confugiens ad sacerdotem portantem Eucharistiam, hæc enim liber est. *Zanf. loc. cit. num. 35. §. 36. Cinneg. l. lib. 1. c. 9. §. 18.*

sem in potestate est, aliam in potestate habere non potest. *L. 21. ad leg. Jul. de adult.*

Dixi, ex linea masculina; qui enim ex tua filia nascuntur, in potestate tua non

sunt, sed patris eorum; quoniam ex legitimo thoro suscepti non matris, sed patris condictionem sequuntur. *L. 19. ff. de stat. homin. Harp. num. 11. hic.*

## TITULUS X. DE N U P T I I S.

### SUMMARI A.

- |  |  |
|--|--|
| <p>1 <i>Etymologia Sponsalium ponitur.</i></p> <p>2 <i>Definiuntur Sponsalia.</i></p> <p>3 <i>Divisio eorum.</i></p> <p>4 <i>Quis possit contrahere Sponsalia?</i></p> <p>5 <i>An inamoratam recte contrahat?</i></p> <p>6 <i>Mixti septennio valide sponsalia contrahit, si malitia atatem suppleat?</i></p> <p>7 <i>Parentes possunt nomine liberorum sponsalia contrahere.</i></p> <p>8 <i>Procurator an sponsalia recte pangs?</i></p> <p>9 <i>Numerantur requisita sponsalium.</i></p> <p>10 <i>Desponsans puellam sub spe matrimonii, an teneatur illam ducere?</i></p> <p>11 <i>Sponsalia gratuita qualiter obligent.</i></p> <p>12 <i>Taciturnitas non ponit sponsalia.</i></p> <p>13 <i>Sponsalibus an ponsa conventionalia recte adiciantur?</i></p> <p>14 <i>Resolvantur obichiones.</i></p> <p>15 <i>Quomodo sponsalia dissolvantur?</i></p> <p>16 <i>An per nudum votum ingredienda religio solvantur? an per votum castitatis?</i></p> <p>17 <i>An matrimonio soluto revolvantur priora sponsalia?</i></p> <p>18 <i>An sponsalia priora solvantur per posteriora juramento firmata?</i></p> <p>19 <i>Quid si posterioribus accesserit copula?</i></p> <p>20 <i>Ob fornicationem solvantur sponsalia.</i></p> <p>21 <i>Quid si utraque pars fornicata fuerit?</i></p> <p>22 <i>Gradus consanguinitatis posse mutuum interesse.</i></p> <p>23 <i>Consanguinitas definitur,</i></p> | <p>24 <i>Linea quid sit &amp; quomplex?</i></p> <p>25 <i>Quid sit per?</i></p> <p>26 27 &amp; 28 <i>Traduntur regule, ex quibus gradus Consanguinitatis cognoscuntur.</i></p> <p>29 <i>Matrimonium in quarto gradu prohibitum.</i></p> <p>30 <i>Affinitas definitur.</i></p> <p>31. 32. 33. 34. 35. &amp; 36. <i>Enumerantur regule, ex quibus gradus affinitatis cognoscuntur.</i></p> <p>37 <i>Dispensatio an in linea recta locum habeat?</i></p> <p>38 <i>An in linea obliqua?</i></p> <p>39 <i>Matrimonium in secundo gradu jure tantum humano prohibitum de jure nature.</i></p> <p>40 <i>In linea collateralis affinitatis matrimonium tantum prohibetur de jure positivo humano.</i></p> <p>42 <i>Dispensatio non habet locum in gradibus jure nature prohibitis.</i></p> <p>43 <i>Nuptia inde dicantur?</i></p> <p>44 <i>Quid sit matrimonium?</i></p> <p>45 <i>Quomodo ducatur?</i></p> <p>46 <i>Quis illud possit contrahere?</i></p> <p>47 <i>Enumerantur requisita matrimonii.</i></p> <p>48 <i>Consensu parentum an requiratur ad nuptias.</i></p> <p>49 <i>Parochus propter quid dicatur?</i></p> <p>50 <i>Adulterium facit separari matrimonium quoad thorum &amp; mensam.</i></p> <p>51 <i>Non vero dissolvit quoad vinculum.</i></p> <p>52 <i>Separatio quoad thorum &amp; mensam, in quibus casibus non procedat?</i></p> |
|--|--|

- 53 *Impedimenta impediuntia & dirimentia quales & quae sint?*  
 54 *Error substantialis est impediuntium dirimens.*  
 55 *Nos accidentalia.*  
 56 *N si hic rediuides in errores per, & a.*  
 57 *Conditio quando ponas impedimentum dirimens?*  
 58 *Hec conditio, si necum in perpetua castitate vixeris, an ponas impedimentum dirimens?*  
 59 *Conditio quomodo differt a modo, & demonstrat, & causa.*  
 60 *Varium, item*  
 61 *Cognitio spiritualis, vel*  
 62 *Legalis quando ponas impedimentum dirimens.*  
 63 *Adulterium & conjugicidium ut diriment matrimonium, quid requiratur?*  
 64 *Culm disparitas dirimit matrimonium.*  
 65 *Metu quid sit?*  
 67 *Quando dirimat matrimonium?*  
 68 *Ordo,*  
 69 *Ligamen.*  
 70 *Pub. u. a. honestas, sicut impedimenta dirimentia.*  
 71 *Impotentia quotuplex sit?*  
 72 *Qua dirimat matrimonium?*  
 73 *Eunuchi seu castrati non possunt contrahere matrimonium.*  
 74 *Bine vero Spadenei.*  
 75 *Heptem facit dirimi matrimonium.*  
 76 *Legitimatio quid sit?*  
 77 *Quotuplex sit?*  
 78 *Quid ad legitimatorem per subsequens matrimonium requiratur?*  
 79 *An in articulo mortis procedas?*  
 80 *Adulterini non possunt legitimari per subsequens matrimonium.*  
 81 *Uter impedimentum tempore natiuitatis cessaverit?*  
 82 *Resolvuntur argumenta contraria.*  
 83 *Impedimentum dotale an requiratur?*

- 84 *An consensus librorum?*  
 85 *Legitimati per subsequens matrimonium succedunt in feudis.*  
 86 *An legitimatio tribuat jus primogeniturae.*  
 87 *Legit. iatio per rescriptum quid sit?*  
 88 *Quis illam perficere possit?*  
 89 *Quid requiratur?*  
 90 *Qua ejus effectus?*

**E** Gimur de potestate patria in genere superest, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres causae constitutivae patris potestatis, videlicet iustae nuptiae, legitimatio, & adoptio. Cum vero nuptiarum aurora sint sponsalia, ideo primo loco de his, utpote materia utili & usitata agemus, ubi cum ista materia dirigitur ex regulis Juris Canonici, non textus methodica, utpote juris civilis formam exprimentem, sequar, sed alia, & utiliori via incedam.

Sponsalia a spondendo dicta. L. 1. ff. de spons. Quia olim moris erat stipulari, ac spondere uxores sibi futuras, unde ac sponsi, sponsaeque appellatio nata est. Harp. mmi. 3. h. t.

Definiuntur quod sint mentio ( hoc est stipulatio ), & repromissio, hoc est reciproca promissio futurarum nuptiarum. L. 1. ff. de sponsal.

Dividuntur sponsalia in sponsalia de futuro, & sponsalia de presenti. Sponsalia de futuro sunt promissio, & repromissio futuri matrimonii: v. g. dicam te in uxorem. Sponsalia de presenti sunt promissio & repromissio de praesenti facta, v. g. accipio te in uxorem meam; & talia sponsalia de Jure Canonico olim pro rato matrimonio habebantur, ut nuptius dissensu amplius non poterant dissolvi. Huan. ac Irenl. vo. 2. dist. 6. th. 1. q. 54.

Verum

Verum hodie *post Concil. Trident. Sess. 24. de reformat. cap. 1.* utpote de quo nullum matrimonium sine praesentia Parochi & testium contrahi possit, non dantur amplius Sponsalia de praesenti, nisi matrimonium ratum alia nuncupare velis, prout ita nuncupat *Chungen. q. 10. de par. potest.* Unde sua sponte sunt, licet ante Concilium Tridentinum sponsalia clam contracta per secretam copulam in matrimonium transierant. *Cap. 30. de sponsal.*, hodie tamen in locis ubi Concilium Tridentinum receptum est, id non amplius obtinere, & talem copulam pro nuda fornicatione haberi, non inducente matrimonium. *Pirib. n. §. 5. de sponsal. Engl. §. 1. num. 6. eod.*

Sponsalia contrahere possunt omnes, qui & nuptias. Contra, quibus nuptias contrahere prohibitum est, nec sponsalia contrahere possunt. *Cap. ult. de par. l. 15. §. de condit. Inst. l. 16. §. de spons.*

Dices. Impubes non potest contrahere matrimonium, & tamen potest contrahere sponsalia; ergo si illud est, quod is sponsalia contrahere nequeat, qui ad contrahendas nuptias est inhabilis. Resp. Nos duntaxat illos excludere à licentia contrahendi sponsalia, qui absolute sunt inhabiles ad nuptias, non illos qui spem habitatis habent.

In specie sponsalia contrahere prohibentur, 1. Furiosus, sive ille, qui cum rabie insanit, quia non intelligit, quod agit. §. 8. de Inst. de test. §. pul. & de omni consensu destituitur. L. 2. Cod. de Contrab. empt.

Dubatur an libidinosi, & ceci amoris aestro periti sponsalia valide contrahant?

Negativa rationis mole non caret, cum amens, & amans pari videantur

deambulare possunt. *Nov. 74. cap. 4. asserens n. 1. §. 1. tunc motus rebus non sine leate lapsum illarum Romanorum Seneca. Amor, inquit, rationis obitus est & infamia proxima, sedam, mihique curis est utatur, tunc dat consilia, ados. Et genero, ut si rem frangit, a magis cogit transire ad hunc. Illam detrahatur. Et te, e Pablo, amare, & sapere ut sibi conceditur.*

Alii opposita sententia in praxi & curis Germanarum triumphat; enim vero ad sponsalia non alia animi deliberatio requiritur, quam illa, quae requiritur ad committendum peccatum mortale; atque amoris aestro periti tali gaudent animi deliberatione; ergo sponsalia valide funguntur.

Ad rationem dubitandi ex *Nov. 74. cap. 4. de sumptum. Resp. innotatum furioso tantum imprae, & in aliquibus comparari. Con. f. D. P. Korg. ad J. Con. lib. 4. tit. 1. p. 1. §. 7. mon. 33.*

Secundo prohibentur sponsalia contrahere mente capiti, sive in, qui contra aestrum furoris placide delirant. Quia nesciunt, quod agunt.

Tertio ebrii christate perfecti, sive tali, quae inducit omnimodam alienationem mentis; quia forte tali christate non potest deliberare certissime.

Quarto infantes, sive n, qui nondum compleverint annum septimum. L. 14. §. de test. cap. 4. §. 13. de despons. n. §. 6.

Quares 1. persistit minor septennis contrahere sponsalia; si praecox ingenium antevertat annos, & plena rationem suppleat?

Negativum proponitur *Clav. D. P. Korg. lib. 2. tit. 2. §. 1. mon. §. 1. Achm. lib. 2. cap. 26. Herg. 1. tit. de test. n. 10. Zoff. ad Decret. de test. n. 5.*

Movetur 2. per *cap. 4. §. 13. de despons. n. §. 6.*

*despons. impub.* ubi expresse sancitur, sponsalia ante septennium contrahi non posse. Ergo.

Movetur 2. Jura de illis casibus constituuntur, qui frequenter accidunt. *L. 3. 4. 5. 6. § 10 ff de LL.* ergo cum rarissimè accadat, quòd ante septennium sufficiens rationis usus ad sponsalia pangenda addit, à regula generali non recedendum erit.

Movetur 3. ubi adest præsumptio juris & de jure, non admittitur probatio in contrarium. *Menoch l. 1. quasi 3. num. 17 § 20 de præsump.* sed in minore septenniò adest præsumptio juris & de jure; ergo non admittitur probatio in contrarium; puta, adesse sufficientem usum rationis. *Minor ostenditur.* Tunc adest præsumptio juris & de jure, si jus à equo præsumit, & super præsumpto statuit, disponitque *Zanf. l. de probat. Et per consuep. n. 12.* Sed Jus Canonum præsumit in minore septenniò non esse sufficientem usum rationis ad contrahenda sponsalia, & desuper statuit *d. cap. 4. §. 13* ergo adest præsumptio juris & de jure.

Movetur 4. tempus, quod requiritur ad testamenti factionem, anteverit non potest præcitate ingenii *L. 5. ff. qui testam. facere possunt.* Ergo neque tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia.

6 His tamen argumentis non obstantibus affirmativè subscribo, cui quoque assensu suo patrocinatur *P. Spret. tract. de spon. p. 1. § 3 num. 18. Sanchez. de matrim. lib. 1. disp. 16 num. 2. P. Luz. de desponsat. impub. num. 2. Glettle de jur. § contra 9. cap. 4. §. 1. num. 8.*

Facit 1. *Cap. 3. de desponsat. ubi* juvenis quidam cum puella undum septenni sponsalia contraxit, & dein levi non confabina ejusdem puellæ, id est, *Item ad Institut.*

*mit des Magdels Schwester Tochter* matrimonium inuit: jussit in eo casu S. Pontifex propter impedimentum publicæ honestatis sequens matrimonium rescindi. Quæ ratio rescindi iniqua foret, si ante septennium non possent consistere sponsalia, quia ex sponsalibus ob defectum consensûs invalidis non confurgit impedimentum publicæ honestatis *Cap. 4. de despons. impub.*

Non obstat Si dicas cum antagonisticis, quòd copula in dicto casu cum priori intervenierit. Respondetur enim, si propter copulam matrimonium rescissum fuisset, malè S. Pontifex allegasset ob impedimentum publicæ honestatis matrimonium rescindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate differemus.

Facit 2. Non obstante, quòd matrimonio contrahendo certa ætas, scilicet, masculis quatuordecim, seu minis duodecim annorum definita sit, si tamen malicia ætatem suppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet. *Cap. 9. de despons. impub.* ergo etiam, esto sponsalibus contrahentibus certa ætas definita sit, si tamen malicia ætatem suppleat, valebunt sponsalia, cum à matrimonio ad sponsalia legitimè ducatur argumentum. *arg. L. 16. ff. de sponf.*

Facit 3. stando in jure naturæ potest minor septem annis contrahere sponsalia, modò habeat sufficientem usum rationis, ergo idem dicendum de jure positivo: cum hoc in passu nullibi à jure naturali recesserit. Imò

Facit 4. *L. 14. ff. de sponf.* ubi dicitur ætatem pro sponsalibus non ita esse definitam, sicut in matrimonio. Idem eodem textu dicitur à primordio ætatis sponsalia effici posse, si modo contrahentes intelligant, quid agant. Nec adversatur, quòd textus *d. l. 14.* subjungat

junget hæc verba. Si non sint minores, quam *sep. annos*, enim verba hæc ultima verba recipiunt hunc sensum, non sint in notis illis, qui non habent sufficientem usum rationis. Lex enim hic summonis, ante septennium non adesse sufficientem usum rationis, adeoque ut brevis sim, textus sic debet intelligi: *Modo ad fieri ab utraque persona intelligatur*, quod regulariter contingit, si non sint minores septennio. Sane si ex illo textu evincere velis, septennium requiri præcise ad sponsalia, fatearis necesse est, intra paucas lineulas juris consultus sibi contradixisse consensur, quod absurdum i. ret. *Wex. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem ad primum respondetur *de j. quædam antecedens*. Sponsalia ante septennium contrahi non possunt, supposito quod sufficiens usus rationis non adsit, concedo antecedens, si adsit, nego antecedens & consequentium. Capitula, in quibus dicitur, quod ante septennium non valent sponsalia, fundantur in præsumptione, quod ante illud tempus nondum adsit sufficiens usus rationis, leges autem in præsumptione fundatæ non obligant, si præsumptio sit falsa.

Secundum ruit ab experientia, quæ videmus præsertim in Austria, non raro contingere, ut ante septennium multi facti intelligant, quæ sit matrimonii finis. Deinde transeat raro contingere, utique tamen oportet fore, quid juris etiam in talibus raro contingebat.

Tertium, in quo Achillen ponunt, suoli labore prosteruntur. Respondetur enim, illam regulam, quod præsumptio juris & de jure non admittat probationem in contrarium, non procedere universaliter, sed limitationem reci-

pere in casu, quo contrarium notorium est, *Atens. h. lib. 1. de Præsump. quæst. 60. n. 8. et d. tit.* Sic jure antiquo dabatur etiam præsumptio juris & de jure, quod sponsalia de futuro transierint in matrimonium per carnalem copulam cum sponsa subsecutum. *C. p. 30. si de sponsal.* & tamen si constiterit, quod copula non marita affectu, sed tantum fornicatio fuerit habita, non valebat matrimonium, & præsumptio debuit cedere veritati, ergo etiam si constiterit, notoriumque sit, adesse imminore septennio sufficientem usum rationis, præsumptio locum non habebit.

Quartum pari modo haud difficile convellitur. Respondetur enim concedendo antecedens, negando consequentiam. Quia in testamenti factioe quatuordecim anni pro forma requiruntur, formamtem per æquipollens non impletur. *L. 3. §. per ff. perierit.* In nostro autem casu septem anni desiderantur, quia jura præsumunt, prius non adesse sufficientem usum rationis. Quæ præsumptio, si non verificetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio possint contrahere sponsalia, sequitur de iis, qui nomine alieno contrahunt. v. g. parentes, procuratores. Parentes enim liberos suos respondere, vel nomine illorum sponsalia contrahere posse ceru & in l. ubi iuris est. *C. un. de dispensat. impub. m. 6.* Quod tamen cum distinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt sponsalia pro filio adhuc infante, aut absente, vel pro eo, qui infantiam jam excessit, & præsens est. Si pro filio adhuc infante aut absente: non aliter tenent sponsalia, quam si filius infantiam egressus aut reversus factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam excessit, & præsens

sum est, tenent sponsalia, quemvis filius expresse non consentiat; sufficit enim, quod non contradicat. *d. cap. in.* cum enim parentes plus filios, quam se ipsos diligant. *l. 3. quod nec caus.* praeferuntur recte eos filius consulere, & filius iis consentire; qui enim tacet, vel maxime in favorabilibus, videtur consentire. *Sanch. lib. 1. disp. 23. n. 3.*

Dixi *parentes*, qui aequè Matri ac Patri pro filio contrahere sponsalia concessum est, tum quod *d. cap. in.* de parentibus loquitur, sub quo nomine uterque parens includitur: Tum quod decisio textus *d. cap. in.* non unitatis patriae potestati, sed amoris paterno, qui aequè in matre, quam patre reperibilis est. *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 2. num. 4.*

8 Procuratores sponsalia si contrahant, non aliter vim obtinent, quàm si mandatum speciale in ordine ad determinatam personam acceperint à persona principali, & hoc in voluntate sua persistant. *Cap. ult. de procurat. in 6.* Unde sequitur, si principalem potestatem, & mandatum in absentia procuratoris retractat, licet procurator retractionis ignarus fuerit, sponsalia contraxerit, sponsalia tamen non valere, *d. cap. ult.* ratio est in favore libertatis, qui in matrimonio singulariter desideratur, posita.

Non obstat, quòd, si procurator datus ad alia negotia, & ignarus parententium datus negotia gesserit, uniter agat; *Cap. 13. de procurat. Clement. in de reu. l. 15. §. mandati.* Nam ad sponsalia non sufficit consensus subtilem potestatem, sed requiritur verus & naturalis, quod secus est in aliis negotiis. *Præ. ad inst. lib. 1. tit. 10. §. 3. part. 1.*

Porro plura adhuc requiruntur, ut sponsalia suis conditionibus absolvantur, & quidem,

9 Primo requiritur promissio vera, non

simulata, hoc est sponsus debet habere seruum animum se obligendi; verba enim non obligant extra consensum, sine quo nulla obligatio confurgit. Hinc sponsalia non sunt, si quis facta matrimonio promissione usum corporis à puella eblandatur. *Sanch. lib. 1. disp. 9. n. 5. Præ. ad inst. ad loc. n. 12.*

Quærit secundo, an si teneatur puellam in uxorem ducere, si facta matrimonio promissione impetretur ab eadem usum corporis?

Dixeris quòd non, si enim teneretur illam ducere, tunc vel teneretur ex obligatione sponsalium, vel ex damno illato; neutrum potest dici, ergo non tenetur. Non tenetur ex obligatione sponsalium, quia ad sponsalia requiritur verus consensus, & factus non sufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illati tantùm tenetur ad compensationem, quæ utique aliter fieri poterit, quàm per nuptias. Sed verius est, quòd tenetur ad nuptias.

Ratio prima, quia iustus commutativa, vi cuius seductor tenetur, non tantum vi, ut aequale reddatur, sed ut idem reddatur; adeoque si quis equum furvus est, non sufficit pretium ejus præstare, sed tenetur equum restituere, quia aliud pro alio invito creditori reddi non potest. *L. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*

Ratio secunda desumitur ex *cap. 1. de adult. Et supra*, quod capitulum de preceptum est ex *lib. ex l. 23. vers. 16.* ubi dicitur: si quis seduxerit virginem dormiturque cum ea, *debetis tam Et habetis uxorem.*

Non obstat, quòd non verè, sed tantùm fidei consentiunt. Quia contractuum innumerationum, do ut des, facio ut facias, en est indoles, ut, si una pars conventioni satisfecerit, altera quoque teneatur satisfacere. *Tut. in. ff. H 2*

*proscripta.*



*proscripte. verb.* Etiam si tantum scilicet consenserit, tenebatur enim ex iustitia vere consentire. & Condicio in mente sententia nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de condi. instab.* Sic ponamus, scilicet promissi Petro centum aureos, ut pro me eat Romanus; si Petrus iuxta, teneor dare centum: ergo etiam cum hic contractus fuerit mutus, licet in sponsalium forte non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominatus, do ut des, puellam ducere, cum qua censetur contractum innominatum inisse, puta taliter: *exhibeo tibi usum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, si una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent *Sauv. l. 1. disp. 10. num. 3. 7. et ad decret. de sponsal. num. 20. l. 1. tit. 4. tit. 1. §. 2. num. 13. Prax. ad leg. l. 1. tit. 10. part. 1. §. 5. n. 12.*

Dices: Si ex concessu in memorato alio contractus innominatus intervenit, non tenetur solvens pro nuptiis promissis ad promissum: quoniam in contractibus innominatis debitor interesse præteritus liberatur. *L. 5. proscripte. verb.* Respondetur d. l. 5. procedere, si datum solvendo interesse sit reparabile, quale non est hic. *Inf. l. cit.*

Urget: damnum, quod puella sentit, propriâ culpa sentit, adeoque non videtur sentire. *L. 203. ff. de R. J.* Ergo non debet refarci. Respondetur, quod damnum perfrustione promissis sentiat, qui non dolose illam deducere debuerat. *Dixi desolare:* si enim puella virgo non fuerit, sed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam decepta, quam deceptus est, decipienti autem jura non patrocinantur. *Inf. loc. cit. Sauv. l. n. 11. Et n. 21. d. loc. ubi asserit si puella fraudem facile advertere possent, quod promissum in*

ma to d. ignori, & altiori statu, neque consuetudine sit constitutus, quod non teneatur illam ducere.

Secundò ad sponsalia requiritur promissio mutua, hoc est, ut pars utraque ad nuptias se obligare velit, promissio enim ex uno latere facta contractum sponsalium non inducit. Unde si virgini nuptias promittam, & ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte Virginis, quoniam annuum contrahendi non habuit, actus enim agnium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19. ff. de R. G.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam tubere volui, quam sponsalitiâ, quæ ex natura sua est mutua & reciproca. *Prax. ad leg. loc. cit. num. 13.*

Quæres tertio, an sponsalia ex more sit gratuita & liberali promissio non possint ita contrahi, ut una dumtaxat pars esset obligata, altera non etiam? Respondetur præterea quidem contrahi à paritate emptionis, venditionis, tamen enim emptio, venditio essentialiter utrinque sit obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin possit promissum inem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ex stipulatione, ad equum tibi vendendum, si illum intra annum emere volueris, ergo etiam licet sponsalia sint contractus utrinque essentialiter obligatorius, non tamen video, quomodo taliter contrahi non possint, ut una saltem pars maneat obligata.

Dicitur taliter qui lem possit contrahi sponsalia, sed talia sponsalia non produciunt verum effectum sponsalium, puta publice honestas impedimentum, adeoque vir mortuus fuerint, cui solus eras obligatus, ejus sororem recte in uxorem ducas. *Leg. §. 2. de sponsal. 3. Max. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertio

Tertio desideratur ad sponsalia, promissio verbis vel signis exterioribus sufficienter manifestata. Consensus enim merè internus ad inducendam obligationem iustitiae est insufficientis; quia cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirhing. lib. 4. tit. 2. §. 1. n. 3.*

Planè verba non requiruntur praecise ad Sponsalia, sed potest consensus in nuptias aliis quoque signis manifestari. Sic nullum est dubium, quin per refectionem manuum, reciproca traditione, & intertione annulorum, &c. Sponsalia pungi possint. *Memoch. de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 2. Saubert. lib. 1. de p. 22.*

12. Quæres quarto, an taciturnitas sit tale lignum, ex quo colligere liceat consensus Sponsalium? Fac. v.g. quod puellæ præfenti nuptias promittam, illa vero rubicundo suffusa pudore verecundans taceat, non ambuat, non renuat, an hoc in casu matrimonium contraxerit censenda est? Ope distinctius respondendum cenfeo. Vel enim de Sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non præcessit. Si prius, forte quò factum fuerit de Sponsalibus hic & nunc contrahendis v.g. in præsentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, Sponsalia contracta esse intelliguntur, quia sola verecundia videtur vocem suffraginasse, *Engl. n. 2. §. 8.* Si posterius, Sponsalia contracta non censentur, quia taciturnitas suapte vi nec consensus nec disensus importat, sed ad utrumque se est indifferens, c. 44. de R. J. in 6. & in dubio leges potius liberant, quàm obligant. l. 47. ff. de oblig.

Non refragatur, Qui taceat, consentire videtur cap. 43. de R. J. in 6. ergo dum puella taceat, censetur consentire.

Enim vero memorata regula tunc præceat, si de matro tacentis tacere agatur, non etiam si de gravi præjudicio, quomodo ad modum in sponsalibus. Deinde d. cap. 44. de R. J. in 6. contrarium videtur sancire his verbis: *Qui tacet, non unquam facit, sed neque negare videtur: Engl. loc. cit. Franz. n. 19.*

Effectus sponsalium est obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio stringit sub culpa lechali. Nisi iusta resiliendi quis causam habeat, de quibus paulo post. Sine iusta causa si quis resiliere velit, monendus, si monitionem sperneret, censuris Ecclesiasticis compellendus erit. Sed caveat Juxta à coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, cap. 10. & 17. de sponsal.

Non obstat L. 1. Cod. de sponsal. ubi jam desponsatae licentia datur a'u nubendi, quia d. l. 1. procedit de jure civili; In materia autem sponsalium, utpote spirituali, standum est Juri Canonico.

Quæres quinto: Possitne poena contrahentibus sponsalibus adjici, solvenda in eventum, si pars alterutra sine iusta causa à sponsalibus recesserit, sive valeant tale pactum, si absque iusta causa à sponsalibus resilieris, solvas pro poena mille?

Prima sententia negat, ita Saub. lib. 1. de p. 30 n. 2. *Pirhing. lib. 4. tit. 1. §. 4. num. 22. Brun. in l. 5. cod. de sponsal. n. 17. Perez. ibid. d. 101. Zoff. ff. de sponsal. n. 10. Wern. de sponsal. p. 2. contr. n. 13. Schamb. ad princ. inst. de pot. potest.*

Invenerunt primo ex cap. Gemma 298 de sponsal. ubi Gregorius IX. deferens terminis rescribit, ejus noli poenam, tanquam a iustitiam liberati matrimonio sui sponsalibus adjici non posse.

# TITULUS IX. DE PATRIA POTESTATE.

## SUMMARIUM.

1. *Patria potestas quid sit?*
2. *Cujus pars sit?*
3. *Quibus patriae potestatis quales sint?*

**D**iximus in principio precedentis tituli personarum, quae alieno juri subiectae sunt, quosdam esse in potestate dominica, quosdam in potestate patris. De potestate dominica actum est: superest, ut de patria agamus.

## AD PRINCIPIMUM.

**U**T accuratius tractetur hoc principium, ponenda est definitio patriae potestatis, statuendumque quod sit jus, vi cuius descendentes ex masculis supremo ascendentes superflui subiunguntur in ordine ad certos effectus iure introductos. Ita more suo solidissime *Clariss. DD. Fr.uz. inst. l. i. n. 2.*

[Dicitur 1. *Supremo ascendens* i. *superflui*, quia pater cuius pater adhuc vivit, suum filium non habet in potestate patris; qui enim in potestate patris est, alium sub sua potestate habere non potest. *L. 21. ff. ad leg. jul. de adul.*

Dicitur 2. *ex masculis supremo*, quia mater filium, sive liberos in potestate non habet. *§. servus l. 10. inst. de adopt.* Longe enim inferior est patria potestas, cuius quae imbecilli foenarum sexus conceditur, & indecorum plane atque indignum fuisse, fecit iam unversum in liberos tractare: utpote quas subesse potestati, non praesse deest. *Harp. numero 8 §. 9.*

Atque liberi nostri (inquit Impera-

tor) in potestate nostra sunt, juxta antiquam Romuli legem: si vis, quamdiu vixeris, in potestate patris maneto. *African. inst. l. i. n. 2.* Sed quales sunt illi liberi? R. Illos scilicet omnino o liberos in potestate nostra esse, quos ex iustis nuptiis procreavimus. *Text. l. i. n. 1.* Unde excluduntur naturae, spurii, incestuosi &c. & ratio excludit omnia ultimum a Manzio statuitur hanc esse, quae ex patria potestate accedit patri matris ex commodum, nemo autem ex suo delicto commodum, & premium reportare debet.

## §. NUPTIARUM.

**T**raditur hic definitio nuptiarum, quae materia loco magis congruo infra. *tit. 10.* a nobis accurata lance tractabitur, quo interea remissus esto.

## §. JUS AUTEM.

**Q**uoniam in hoc paragrapho, cuius iura sit patria potestas Respondet 2 Imperator, esse iura civilia, & addit rationem, quia nati sunt huiusmodi, qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus. Accedit, quod patria potestas civilis modo tellatur, puta, de portione, emancipatione, &c. ergo est iura civilis ex vulgata juris regula *in h. nati tam nati* *l. 35. ff. de K. j. Honor. var. resol. lib. 1. tra. 2. q. 17.*

Dices omnes gentes habere suos liberos in patria potestate, ergo patria potestas non est iura civilis, sed iura gentium. R. D. it. ant. Omnes gentes habent suos liberos in patria potestate qualicumque, conced. ant. tal. quali civis Roma-



tem in potestate est, alium in potestate habere non potest *L. 21. ad leg. Jul. de adult.*

Dixi, *ex linea masculina*; qui enim ex tua filius nascitur, in potestate tua non

sunt, sed patris eorum; quoniam ex legitimo thoro suscepti non matris, sed patris conditionem sequuntur. *L. 19. ff. de stat. homin. Harp. num. 11. hoc.*

## TITULUS X.

## DE N U P T I I S.

## SUMMARIA.

- 1 *Ætymologia Sponsalium ponitur.*
- 2 *Definiuntur Sponsalia.*
- 3 *Divisio eorum.*
- 4 *Quis possit contrahere Sponsalia?*
- 5 *An inamortum recte contrahat?*
- 6 *Minor septennio valide sponsalia contrahit, si malitia etatem suppleat?*
- 7 *Parentes possunt nomine liberiorum sponsalia contrahere.*
- 8 *Procurator an sponsalia recte pingat?*
- 9 *Numerantur requisita sponsalium.*
- 10 *Disporant puellam sub ipse matrimonii, an teneatur illam ducere?*
- 11 *Sponsalia gratuita qualiter obligent.*
- 12 *Tacitecivis non ponit sponsalia.*
- 13 *Sponsalibus an pona conventionalia recte adiciatur?*
- 14 *Resolvuntur objectiones.*
- 15 *Quomodo sponsalia dissolvantur?*
- 16 *An per nudum votum ingrediende religionis solvantur? an per votum castitatis?*
- 17 *An matrimonio soluto reviviscant priora sponsalia?*
- 18 *An sponsalia priora solvantur per posterora juramento pñmata?*
- 19 *Quid si posteroribus accesserit copula?*
- 20 *Ob fornicationem solvuntur sponsalia.*
- 21 *Quid si utraque pari fornicata fuerit?*
- 22 *Gratus consanguinitatis novisse nullum interest.*
- 23 *Consanguinitas definitur,*

- 24 *Lines quid sit & quatuorplex?*
- 25 *Quid sipes?*
- 26 27 & 28 *Traduntur regule, ex quibus gradus Consanguinitatis cognoscuntur.*
- 29 *Matrimonium in quarto gradu prohibetur.*
- 30 *Affinitas definitur.*
31. 32. 33. 34. 35. & 36. *Enumerantur regule, ex quibus gradus affinitatis cognoscuntur.*
- 37 *Dispensatio an in linea recta locum habeat?*
- 38 *An in linea obliqua?*
- 39 *Matrimonium in secundo gradu jure tantum humano prohibitum de jure natura.*
- 40 *In linea collateralis affinitatis matrimonium tantum prohibetur de jure positivo humano.*
- 42 *Dispensatio non habet locum in gradibus jure natura prohibitis.*
- 43 *Nuptia unde dicantur?*
- 44 *Quid sit matrimonium?*
- 45 *Quomodo dividatur?*
- 46 *Quis illud possit contrahere?*
- 47 *Enumerantur requisita matrimonii.*
- 48 *Consensus parentum an requiratur ad nuptias.*
- 49 *Parochus proprius quis dicatur?*
- 50 *Adulterium facit separari matrimonium quoad thorum & mensam.*
- 51 *Non vero dissolvit quoad vinculum.*
- 52 *Separatio quoad thorum & mensam, in quibus casibus non procedat?*

- 53 *Impedimenta impediencia & dirimentia quælibet & quæ sint?*  
 54 *Error substantialis est impedimentum diriment.*  
 55 *Non accidental.*  
 56 *N si hic rediit in errorem per Dna.*  
 57 *Conditio quando ponat impedimentum diriment?*  
 58 *Hæc conditio, si mecum in perpetua castitate vixerem, an ponat impedimentum diriment?*  
 59 *Conditio quando differt a modo, a demonstratione, & causa.*  
 60 *Votum, item.*  
 61 *Cognatio spiritualis, vel.*  
 62 *Legalis quando ponat impedimentum diriment.*  
 63 *Adulterium & conjugicidium ut dirimant matrimonium, quid requiratur?*  
 64 *Cultus disparitas dirimit matrimonium.*  
 65 *Mors quid sit?*  
 67 *Quando dirimat matrimonium?*  
 68 *Ordo,*  
 69 *Ligamen,*  
 70 *Pub. a bonis, sunt impedimenta dirimentia.*  
 71 *Impotentia quætriplex sit?*  
 72 *Quæ dirimat matrimonium?*  
 73 *Eunuchi seu castrati non possunt contrahere matrimonium.*  
 74 *Bine vero Spid. nec.*  
 75 *hæptus facit dirimi matrimonium.*  
 76 *Legitimatio quid sit?*  
 77 *Quætriplex sit?*  
 78 *Quid ad legitimatorem per subsequens matrimonium requiratur?*  
 79 *An in articulo mortis procedas?*  
 80 *Adulterini non possunt legitimari per subsequens matrimonium.*  
 81 *Licet impedimentum tempore antivitæ cessaverit?*  
 82 *Resolvuntur argumenta contraria.*  
 83 *Instrumenta dotalia an requirantur?*

- 84 *An consensus liberiorum?*  
 85 *Legitimus per subsequens matrimonium succedunt in fructu.*  
 86 *An legitimatio tribus j. primogenitura.*  
 87 *Legit. maslo per rescriptum quid sit?*  
 88 *Quis illam perficere possit?*  
 89 *Quid requiratur?*  
 90 *Quæ ejus effectus?*

**E** Gimat de potestate patriæ in genere, superest, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres causæ constitutivæ patriæ potestatis, videlicet justæ nuptiæ, legitimatio, & adoptio. Cum vero nuptiarum auctoritas sint sponsalia, ideo primo loco de his, utpote materia utili & utilis agemus, ubi cum ista materia dirigatur ex regulis Juris Canonici, non textus methodum, utpote juris civilis formam explicantem, sequar, sed alia, & utiliori via incedam.

Sponsalia a spondendo dicta, L. i. ff. de spons. Quia olim moris erat stipulati, ac spondere uxores sibi futuras, unde ac sponsis sponsæque appellatio nata est. *Harp. num. 3. h. t.*

Definuntur quod sint mentio (hoc est *Stipulatio*), & reptonussio, hoc est reciproca promissio futurarum nuptiarum, L. i. ff. de sponsal.

Dividuntur sponsalia in sponsalia de futura, & sponsalia de presenti. Sponsalia de futuro sunt promissio, & repromissio futuri matrimonii, v. g. dicam te in uxorem. Sponsalia de presenti sunt promissio & repromissio de presenti facta, v. g. accipio te in uxorem meam; & talia sponsalia de Jure Canonico olim pro rato matrimonii habebantur, ita ut mutuo dissensu arctius non potuerint dissolvi. *Heron. ac Trasil. vo. 2. dist. 6. ibi. l. 9. 5.*

Verum



*despons. impub.* ubi expresse sanatur, sponsa in aere septennium contrahi non posse. Ergo.

Movenitur 2. Jura de illis casibus constituuntur, qui frequenter accidunt. *L. 3. q. 1. § 10 ff. de LL.* ergo cum rarissime accidat, quod ante septennium sufficiat rationis usus ad sponsalia pandenda adit, à regula generali non recedendum erit.

Movenitur 3. ubi adest præsumptio juris & de jure, non admittitur probatio in contrarium. *Menoch l. 1. quæst. 3. num. 17 § 20. de præsumpt.* sed in minore septennio adest præsumptio juris & de jure, ergo non admittitur probatio in contrarium, puta, adesse sufficientem usum rationis. *Minor ostenditur.* Tunc adit præsumptio juris & de jure, si jus aiquid præsumit, & super præsumpto statuit, *sponsusque Zuef. f. de probat. § 1. præsumpt. m. 12.* Sed Jus Canonum præsumit in minore septennio non esse sufficientem usum rationis ad contrahenda sponsalia, & desuper statuit *d. cap. 4 §. 1. § 13.* ergo adest præsumptio juris & de jure.

Movenitur 4. tempus, quod requiritur ad testamenti facitionem, antequam non potest præcoitate ingenii *L. 5. ff. qui testam. facere possunt.* Ergo neque tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia.

6 His tamen argumentis non obstantibus affirmative subscribo, cui quoque assensu sopetrocitantur *P. Ilex tract. de spons. p. 1. §. 3. num. 18. Salsbr. de matrim. lib. 1. de h. 16 num. 9. 1. Engl. de desponsat. impub. num. 3. Glette de p. 3. § contract. cap. 4. §. 1. num. 8.*

Facit 5. *Cap. 3. de sponsal. ubi* juvenis quidam cum puella nonnulum septenni sponsalia contraxit, & deinceps cum consobrina ejusdem puellæ, id est,

*Ret ad Infantia.*

*mus dei Magdali Scorsio Tochter* matrimonium inuiti jussu in eo casu S. Pontifex propter impedimentum publicum honestatis sequens matrimonium rescindit. Quæ ratio rescindendi inepta foret, si ante septennium non possent consistere sponsalia, quia ex sponsalibus ob detectum consensu invalidis non confurgit impedimentum publicum honestatis. *Cap. 4. de despons. impub.*

Non obstat. Si dicas cum antagonisticis, quod copula in dicto casu cum priori intervenerit. Respondetur enim, si propter copulam matrimonium rescissum fuisset, magis S. Pontifex allegasset ob impedimentum publicum honestatis matrimonium rescindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate differemus.

Facit 2. Non obstante, quod matrimonio contrahendo certa ætas, scilicet, masculis quatuordecim, feminis duodecim annorum definita sit, si tamen major ætatem suppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet. *Cap. 3. de despons. impub.* ergo etiam, esto sponsalibus contrahentis certa ætas definita sit, si tamen major ætatem suppleat, valebunt sponsalia, cum à matrimonio ad sponsalia legitimum ducatur argumentum *arg. L. 16 ff. de spons.*

Facit 3. Stando in jure naturæ potest minor septem annis contrahere sponsalia, modo habeat sufficientem usum rationis, ergo idem dicendum de iure positivo: cum hoc in passu nulli à jure naturali recesserit. Imò.

Facit 4. *L. 14. ff. de sponsal.* ubi dicitur ætatem pro sponsalibus non ita esse definitam, sicut in matrimonio, Item eodem textu dicitur à primordio ætatis sponsalia effici posse, si modo contrahentes intelligant, quid agant. Nec adversatur, quod textus *d. L. 14. sub.*

H jungat



jungat hæc verba. *Si non sunt minores, quam septem annis*, eum verò hæc ultima verba recipiunt hunc sensum, non sine minoribus, qui non habent sufficientem usum rationis. Lex enim hic supponit, ante septennium non adesse sufficientem usum rationis, adeoque ut brevis sit, textus sic debet intelligi: *Modo ad fieri ab utraque persona intelligatur*; quod regulariter contingit, si non sint minores septenniis. Sane si ex isto textu evincere velis, septennium requiri præcisè ad sponsalia, faceretur necesse est, intra paucas lineolas Juris consultus sibi contradixisse consentire, quod absurdum foret. *Uxor. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore dissolvuntur, & quidem ad primum responderetur *de jure quærendo antecedens*. Sponsalia ante septennium contrahi non possunt, supposito quòd sufficientis usus rationis non adsit, *concedo antecedens*, si adsit, *negò antecedens & consequens* ut. Capitula, in quibus dicitur, quod ante septennium non valeant sponsalia, fundantur in præsumptione, quòd ante illud tempus nondum adsit sufficientis usus rationis, leges autem in præsumptione fundatæ non obligant, si præsumptio sit falsa.

Secundum ruit ab experientia, quæ videmus præsertim in Austria, non raro contingere, ut ante septennium multi facta intelligant, quia sit matrimonii finis. Denudè transeat raro contingere, utique tamen oportet scire, quid Juris etiam in casibus raro coincidentibus.

Tertium, in quo Achillen ponunt, facili labore prosternitur. Responderetur enim, siam regulam, quòd præsumptio Juris & de jure non admittat probationem in contrarium, non procedere universaliter, sed limitationem reci-

pere in casu, quò contrarium notorium est, *Marius b. lib. 1. de Præsump. quest. 60. n. 8. eod. tit.* Sic jure antiquo dabatur etiam præsumptio Juris & de jure, quod §. 1. un. 2. de futuro transierint in matrimonium per carnalem copulam cum sponsa subsecutam C. p. 30. & de sponsal. & tamen si constituitur, quòd copula non maritali obficta, sed tantum fornicariis fuerit habita, non valebat matrimonium, & præsumptio debuit cedere veritati, ergo etiam si constet, notoriumque sit, adesse in minore septenniis sufficientem usum rationis, præsumptio locum non habebit.

Quartum pari modo haud difficulter convellitur. Responderetur enim concedendo antecedens, negando consequentiam. Quia in testamenti factioe quatuordecim anni pro forma requiruntur, forma autem per æquipolens non impletur L. 3. §. fin. ff. *interpre.* In nostro autem casu septem anni desiderantur, quia jura præsumunt, prius non adesse sufficientem usum rationis. Quæ præsumptio, si non veribetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio possint contrahere sponsalia, sequitur de his, qui nomine alieno contrahunt. v. g. parentes, procuratores. Parentes enim liberos suos despondere, vel nomine illorum sponsalia contrahere possunt certi & in iuribus juris est, C. un. de desponsat. impub. m. 6. Quod tamen cum distinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt sponsalia pro filio adhuc infante, aut absente, vel pro eo, qui infantiam jam excessit, & præsens est. Si pro filio adhuc infante aut absente: non aliter tenent sponsalia, quam si filius infantiam egressus aut reversus factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam excessit, & præ-

siue est, tenent sponsalia, quamvis filius expresse non consentiat; sufficit enim, quod non contradicat *d. cap. m.* eum enim parentes plus filios, quam se ipsos diligant *l. 3. quod mort. caus. presumatur recte eos filios consilere, & filios iis consentire; qui enim tacet, vel maxime in favorabilibus, videtur consentire. Sanchez lib. 1. disp. 23 n. 3.*

Uxi pariter, qui neque Matri se Patri pro filio contrahere sponsalia concessum est, tum quod *d. cap. m.* de parentibus loquatur, sub quo nomine uterque parens includitur Tum quod decisio textus *d. cap. m.* non innuitur patri potestati, sed amoris paterno, qui aequè in matre, quam patre reperibilis est. *Engl. lib. 4. tit. 2. §. 2. num. 4.*

8 Procuratores sponsalia si contrahant, non aliter vim obtinent, quam si mandatum speciale in ordine ad determinatam personam acceperint à persona principali, & hæc in voluntate sua persisterit. *Cas. ult. de procurat. in 6.* Unde sequitur, si principalem poeniteat, & mandatum in absentia procuratoris retractat, licet procurator retractionis ignarus fuerit, sponsalia contraxerit, sponsalia tamen non valere, *d. cap. ult.* ratio est in favore libertatis, qui in matrimonio singulariter desideratur, posita.

Non obstat, quòd, si procurator datus ad alia negotia, & ignarus poenitentiam datus negotia gesserit, utiliter agat; *Cap. 13. de procurat. Clemens ius de re iuris. l. 15 §. mandat.* Nam ad sponsalia non sufficit consensus subtilitatis juris fictus, sed requiritur verus & naturalis: quod secus est in aliis negotiis. *Præm. ad inst. lib. 1. tit. 10. §. 3. pars 1.*

Porro plura adhuc requiruntur, ut sponsalia suis conditionibus absolvantur; & quidem,

9 Primo requiritur promissio vera, non

simulata, hoc est sponsus debet habere serium animum se obligandi; verba enim non obligant citra consensum, sine quo nulla obligatio constringit. Hinc sponsalia non sunt, si quis ficta matrimonii promissione usum corporis à puella eblanditur. *Sanchez lib. 1. disp. 9. n. 5. Franz ad inst. ad loc. n. 12.*

Quæritur secundo, an re teneatur puellam in uxorem docere, si ficta matrimonii promissione impetraverit ab eadem usum corporis?

Dixeris quòd non; si enim teneatur illam docere, tunc vel teneatur ex obligatione sponsalium, vel ex damno illato; neutrum potest dici, ergo non teneatur. Non teneatur ex obligatione sponsalium, quia ad sponsalia requiritur verus consensus, & factus non sufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illi tantum tenetur ad compensationem, quæ utique aliter fieri poterit, quam per nuptias. Sed verius est, quòd i teneatur ad nuptias.

Ratio prima, quia iustitia commutativa, vi cuius seductor tenetur, non tantum vi, ut æquale reddatur, sed ut idem reddatur, adeoque si quis equum furatus est, non sufficit pretium ejus prestare, sed tenetur equum restituere, quia aliud pro alio invito creditori reddi non potest *l. 2 §. 1 ff. de reb. credit.*

Ratio secunda desumitur ex *cap. 1. de adult. Et supra*, quod capitulum depromptum est ex *lib. exco. l. 22. vers. 16.* ubi dicitur: *si quis seductorem virginem dormieritque cum ea, deturbit eam Et habeat uxorem.*

Non obstat, quòd non verè, sed tantum fictis consenserit. Quia contrarium innominatorum, do ut des, facio ut facias, est in idole, ut, si una pars conventioni satisfecerit, altera quoque teneatur satisfacere. *Tot ut. ff. proscripta.*

H 2

*prescript. verb.* Etiam si tantum fuit consensu; tenebatur enim ex iustitia vere consentire, & Conditio in mente metenta nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de conditi. unde.* Sic ponamus, si quis promissi Petro centum aureos, ut pro me ex Romam; si Petrus iuvit, teneor dare centum; ergo etiam cum hic contractus fuerit mutuus, licet vi sponsalium forte non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominati, do ut des, puellam ducere, cum qua censetur contractum innominatum inisse, puta taliter. *exhibeo tibi usum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, si una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent Sanchez l. 1. disp. 10. num. 3. Zues. ad decret. de sponsal. num. 20. l. 1. lib. 4. tit. 1. §. 2. num. 13. Frana. ad inst. l. 1. tit. 10. part. 1. §. 4. n. 12.

Dices: Si ex consensu, in memorato eius contractus innominatus intervenit, non tenetur factus promissor prae ad promissam; quoniam in contractibus innominatis debitor interesse praestando liberatur. *L. 1. prescript. verb.* Respondetur d. l. 1. §. procedere, si da unum solvendo interesse sic reparabile, quale non est hic. Zues. l. cit.

Urget: damnum, quod puella sentit, propria culpa sentit, adeoque non videtur sentire. *L. 203. ff. de R. J.* Ergo non debet rescindi. Respondetur, quod damnum persuasione promissoris sentiat, qui non dolose illam dehonore debuisse. Dixi dehonore: si enim puella virgo non fuerit, sed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam docebit, quam deceptus est, decipienti autem jura non patrocinantur. Zues. loc. cit. Sanchez. n. 11. Et n. 21. d. loc. ubi asserit si puella fraudem facile vertere poterit, quod promissor in

multo digniori, & altiori statu, atque conditione sit constitutus, quod non teneatur illam ducere.

Secundò ad sponsalia requiritur promissio mutua, hoc est, ut pars utraque ad nuptias se obligare velit, promissio enim ex uno latere facta contractum sponsalium non inducit. Unde si virgini nuptias promittam, & ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte Virginis, quoniam animum contrahendi non habuit, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19 ff. de R. G.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam subire volui, quam sponsalium, quae ex natura sua est mutua & reciproca. Frana. ad inst. loc. cit. num. 13.

Quæres tertio, an sponsalia ex merè gratuita & liberali promissione non possint ita contrahi, ut una damtaxat pars efficit obligata, altera non etiam? Respondetur posse: quidem taliter contrahi à paritate emptionis, ventilationis; tamen enim emptio, venditio essentialiter utrinque sic obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin possim promissionem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ex stipulatione, ad equum tibi vendendum, si illum intra annum emere volueris, ergo etiam licet sponsalia sint contractus utrinque essentialiter obligatorii, non tamen video, quomodo taliter contrahi non possint, ut una saltem pars maneat obligata.

Dicitur taliter quidem posse contrahi sponsalia; sed talia sponsalia non producant verum effectum sponsalium, puta publicæ honestatis impedimentum, adeoque vir mortui summa, cui solus erat obligatus, ejus sororem recte in uxorem ducit. *Engl. §. 2. de sponsal. n. 3. Wex. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertio

Tertiò desideratur ad sponsalia, promissio verbis vel signis exterioribus sufficienter manifestata. Consensus enim tacite internus ad inducendam obligationem iustitiae est insufficientis; quia cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirhing. lib. 4. tit. 2. §. 1. n. 3.*

Plane verba non requiruntur praecipue ad Sponsalia, sed potest consensus in nuptias aliis quoque signis manifestari. Sic nullum est dubium, quin purificatione manuum, reciproca traditione, & insertione annulorum, &c. Sponsalia pungi possint. *Meyoch. de praesumpt. lib. 3 praesumpt. 2. Sanchez. lib. 1. tit. 22.*

12 Quæres quarto, an taciturnitas sit tale signum, ex quo colligere liceat consentiam Sponsalium? Fac. v.g. quod puellæ præsentis nuptias promittam, illa vero rubicundo suffusa pudore verecundans taceat, non annuat, non renuat, an hoc in casu matrimonium re-promissum censenda est? Ope distinet mihi respondendum censeo. Vel enim de Sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non præcessit. Si prius, fortè quòd actum fuerit de Sponsalibus hic & nunc contrahendis v.g. in præsentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, Sponsalia contracta esse intelliguntur, quia sola verecundia videtur vocem sufflaminasse, *Engl. n. 2. §. 8.* Si posterior, Sponsalia contracta non consentur, quia taciturnitas suapte vi nec consensum nec dissentium importat, sed ad utrumque est indifferens, c. 44. de R. J. in 6. & in dubio leges potius liberant, quàm obligant l. 47. §. de oblig.

Non refragatur. Qui tacet, consentire videtur cap. 43 de R. J. in 6. ergo dum puella tacet, censetur consentire.

Enim vero memorata regula tunc procedit, si de iure tacitus iavore agatur, non etiam si de gravi præjudicio, quemadmodum in sponsalibus. Deinde d. cap. 44. de R. J. in 6. contrarium videtur sancire his verbis: *Qui tacet, non unquam fatetur, sed neque negare videtur: Engl. loc. cit. Franz. n. 15.*

Effectus sponsalium est obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio stringit sub culpa lethali. Nisi iustam resiliendi quis causam habeat, de quibus paulo post. Sine iusta causa si quis resiliere velit, monendus, si monitionem sperneret, censuris Ecclesiasticis compellendus erit. Sed caveat Iudex à coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, cap. 10. Et 17. de sponsal.

Non obstat L. 1. Cod. de sponsal. ubi jam desponsatæ licentia datur alii nubendi, quia d. l. 1. procedit de jure civili; In materia autem sponsalium, utpote spiritali, standum est Juri Canonico.

Quæres quinto: Possintne poena contrahendi sponsalibus adjici, solvenda in eventum, si pars alterutra sine iusta causa à sponsalibus recesserit; sive valeant tale pactum, si absque iusta causa à sponsalibus resiliatis, solvas pro poena mille?

Prima sententia negat, ita *Sanct. lib. 1. disp. 30 n. 2. Pirhing. lib. 4. sect. 1. §. 4. num. 22. Brun. in. l. 5. cod. de sponsal. n. 11. Perez. ibid. d. 101. Zoff. ff. de sponsal. n. 10. Wex. de sponsal. p. 2. contr. n. 18. Schamb. ad princ. inst. de pat. potest.*

Movenitur primo ex cap. gemma 296 de sponsal. ubi Gregorius IX. diffusis terminis refert, ejusmodi poenam, tanquam adversam libertati matrimonii sponsalibus adjici non posse.

H 3

Movenitur

Tertio

Movetur secundò ex l. 134. ff. de P. O. ubi dicitur inhonestum visum esse, vinculo pœnæ matrimonii obstringi; sive futura, sive jam contracta.

Movetur tertio ex L. 5. Cod. de sponsal. ubi in hæc verba rescribitur: *extra definitionem autem hujus legis, si cauto penam stipulationis continens fuerit interposita ex utraque parte nullas habebis vires, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.*

Verùm hæc argumenta tanta non sunt, ut in sui deditionem me trahant. Itaque teneo prædictum pactum valere, & si alterutra pars N.R. sine justa causa recesserit, teneri ad solutionem pœnæ conventionalis. Ita docent *Glesle assert.* § 6. *Laymann. lib. 5. Theolog. moral. tom. 10. p. 1. cap. num. 8. Haunold. de J. & J. cap. 5. cont. 3. num. 364. Ergl. ad Decret. lib. 4. tit. 1. §. 2. n. 7. Clariss. D. D. Franz. Inq. l. 1. tit. 10. p. 1. §. 7. num. 18.*

Probatur primò: Si pœna conventionalis non posset adjici sponsalibus, esset ista ratio, quia restringit libertatem contrahendi matrimonii, sed non restringit, ergò potest adjici. *Minor ostenditur*: post iniuncta sponsalia non adest amplius libertas illa, cui jura suffragantur; ergò pœna conventionalis non restringit libertatem matrimonii, *Antecedens probatur*: Libertas, cui jura suffragantur, est illa, quâ liberum est contrahere, vel non contrahere; sed post iniuncta sponsalia non est amplius liberum contrahere, vel non contrahere, quia vi sponsalium jam teneretur contrahere; ergò non adest amplius libertas, cui jura suffragantur, sive illa, quam jura non volunt restringi.

Dices verum quidem esse, post contracta sponsalia non amplius adesse libertatem moralem, sive illam cui jura

patrocinantur: adesse tamen libertatem physicam, sive naturalem, ut ecce! post contracta semel sponsalia etiam recessus à sponsalibus sine justa causa permittitur, si timeatur malus exitus matrimonii *Cap. 17 §. de sponsal.* Jam hæc, quòd hoc sciat pars, quæ pœnam promissit, & ita secum perpendat: possem adhuc resistere à sponsalibus, licet causam justam non haberem; sed si de facto res irem, incurrerem pœnam sponsalibus adjectam, quam ne incurram, contraham matrimonium. Ecce! hoc in casu restringitur libertas physica & naturalis.

Respondetur primò: Quòd ille, qui sine justa causa à sponsalibus resistere cupit, actum exerceat formaliter peccaminosum, adeoque favorem juris non mereatur.

Respondetur secundò: Quòd talis, qui sine justa causa implementum sponsaliorum retractet, etiam censurâ Ecclesiasticâ imò ipsa excommunicatione coercerit possit. *Cap. 10. d. 2.*; sicut ergò non attenditur, quòd metu incurrendæ censuræ Ecclesiasticæ contrahat, ita non attendendum, quòd metu pœnæ incurrendæ potius contrahat, quàm sine justa causa à sponsalibus resistat.

Probatur secundò: potest arrha sponsalibus adjici, ergò etiam pœna. Probatur consequentia. Si ab arrha non licet argumentum ducere ad pœnam, tunc vel idèò, quia 1. quantitas illius solet esse modesta & parva, pœna vero magna, vel idèò quia 2. arrha statim traditur, pœna verò promittitur, solemus verò promittere esse ad promittendum, quàm ad dandum. *Leg. sed si ego 4. ff. ad Scutum Velitru,* vel quia 3. arrha dicitur tanquam testera initorum sponsalium; pœna adijcitur, ut cogat ad matrimonium, sed nulla ex his ratio obstat, ergò argumentum ab arrha ad pœnam

proximam procedit. Non prima, quia in arbitrio stat contrahentium, quantum nomine dare velint. *L. 5. Cod. de spo. c.* Non secunda, quia non debet homo iustus facilius esse ad promittendum, quam ad dandum, sed id solvat, necesse est, quod promissit juxta illud:

*Verba ligant homines, sanctum est cornu fenum.*

*Cornu bos capiens, voci ligatur homo.*

Non tertia, quia si poena cogit ad matrimonium, cogit etiam arrha. Ideo enim illa cogit ad matrimonium; quia facit, ut metu ejus incurrendæ quis contrahat matrimonium; ergo etiam illa cogit, quia facit, ut metu ejus amittendæ, vel duplicatasolvendi quis contrahat matrimonium. Ita more solide *Gleisle loc. cit.*

Ad primum sententiæ negativæ argumentum respondetur, quod *d. cap. gramma 29* de eo casu intelligendum sit, quo iusta causa subest rescindendi à sponsalibus. Sanè ego ipse ultio major, tale pactum sponsalibus adjectum non valeo. Si alterutra pars, quæ etiam iustam rescindendi causam habuerit, à sponsalibus recesserit, solvus in pactum nullo, quia sic restringeretur libertas matrimonii, & id genus pactum diametraliter contra dispositionem legis apponeretur, quæ vult & disponit, quod cum iusta causa à sponsalibus rescire liceat: Proinde nostra decisio in eo duntaxat casu procedit, quod quis sine iusta causa a sponsalibus rescire præsumeret.

Ad secundum respondetur, textum audiendum esse de casu, quod parentes liberum ignorantium nomine contrahant sponsalia, tunc enim honestas non patitur, ut metu poenæ liberi cogantur ad matrimonium. Hæc ipsa solutio omnino primo argumento negativæ sen-

tentiæ applicari potest, uti legenti *d. cap. gramma* de se ideo patebit.

Ad tertium respondetur in illa lege statui quòd poena conventionalis non possit quadruplum interesse transscendere. Vel dic *d. l. 5. loqui de archis, atque statueri, non licere ultra stipulari, quam ut arrhæ quadruplicate restituantur, non verò aliquid sancire circa casum, quod poena conventionalis sponsalibus adjecta sit. Franz. loc. cit.*

Disposuimus quomodo sponsalia contrahantur, superest, ut agamus de modis quibus dissolvuntur, & quidem

Primo solvantur sponsalia mutuo & contrahentium dissensu *cap. 2. de sponsal.* Nihil enim tam naturale, quam unumquodque eò modo dissolvi, quò colligatum est *cap. 1. de R. l. in 6. l. 35. ff. rod.* Cum ergo sponsalia conficiuntur mutuo consensu, dissensu mutuo rursus dissociari possunt. Quod procedit, licet sponsalia juramento firmata fuerint, quoniam juramentum sequitur naturam actus, adjicitur *c. 25. §. de jurjur.* cum ergo sponsalia mutuo dissensu solvantur, quidni & juramenti obligatio dissolvatur? Accedit quòd per tale juramentum non Deo, sed illi quæritur obligatio, in cujus favorem emissum est, nec aliter à Deo acceptetur, quam quatenus ab homine, in cujus gratiam factum est, cum ergo in favorem contrahentium adjectum fuerit, poterit mutuo dissensu iterum dissolvi, favori enim pro se inducto quilibet recte renunciat. *L. pm. Cod. de pact. sta. Engl. 3. n. 2. loc. cit. Harp. rubr. Inst. h. 2. n. 53.*

Secundò solvantur sponsalia ingressu religionis *Concil. Trident. sess. 24. de Sacrament. Matrimon. cap. 6.* Habent enim sponsalia ex dispositione juris imbitam ac tacitam conditionem: *Nisi placeas religionem ingredi:* Hæc conditio profunda

proinde si existat, perdunt vim obligandi, adcoque resolvuntur. Sanè licet sponsalia ingressu religionis illa solvantur ex parte manentis in saeculo, ex parte illius tamen, qui religionem ingressus est, non aliter dissociantur, quam si actualis professio subssecuta fuerit. Ratio ex parte manentis in saeculo est, quia grave foret tanto tempore expectare, & deinde nubere ei, qui capam tulit, & notam levitatis atque inconstanciae de se praebeuit.

Ratio ex parte ingredientis, quod non nisi subssecuta professione solvantur, quia per suum factum, quod dolum esse potuisset, jus alteri quæsitum auferre non potuit. Ita docent *Leynam tit. 10. p. 1. cap. 2. num. 3. Engl. §. 3. num. 7. loc. cit.* Ubi insit, quod si pars ingressa iterum egredere-  
 tur & pars remanens ei nubere velit, teneretur ingressus sponsalia implere, quoniam per factum suum non potuit jus alteri quæsitum tollere. Vide *Franz. loc. cit. n. 21. Zaef. ad Decret. de sponsal. n. 23.*

**16** Quæres sexto: An solvantur etiam per nudum votum ingrediendæ religionis? Respondetur, ex parte manentis in saeculo omnino dissolvi, non verò ex parte voventis.

Ratio Prioris est, quia censetur ex sua parte renuntiare sponsalibus vovendo religionem.

Ratio posteroris, quia sponsalia non solvantur nudo ingressu religionis, ergò neque nudo votò ingrediendæ religionis. Consequentiam probat: Ideò non solvantur nudo ingressu religionis quia contingere potest, ut ingressus egrediat: at contingere etiam potest, ut is, qui religionem vovit, non suscipiatur aut susceptus non perseveret, ergò si sponsalia non solvantur nudo ingressu religionis, neque solvantur nudo votò in-

grediendæ religionis. *West. de sponsal. p. 1. §. 7. num. 17. Et seqq. confer. Sau. cluz lib. 1. 46.*

Limitantur prædicta; ut videlicet neque religionem ingredi, neque eam vovere liceat, si fieret cum gravi, & irreparabili damno alterius patris, v. g. infamia passuræ, cò quod spò matrimonii jam fuerit corrupta & imprægnata. *Laymann. de sponsal. cap. 2. num. 4. Engl. loc. cit. n. 8. Sanchez. l. 1. disp. 43.*

Quæres septimò: An per simplex votum castitatis solvantur sponsalia ex parte votum emittentis? Respondetur negativè, quia votum vel iuramentum in alterius præjudicium non obligat; sed tale votum est in alterius præjudicium; ergò non obligat. Voventem tamen in tantum obligat, ut contractio matrimonii debitum conjugii nunquam petere possit, vel audiat, sed tantum reddere, nisi legittimam dispensationem ab Episcopo obtinuerit, *Engl. l. cit. quib. & Et fuit. Sau. cluz lib. 1. disp. 46. num. 17.* ubi dicit, indistinctè tamen tenendo: ex parte alterius solvi sponsalia; quia vovens castitatem eo ipso sponsalibus renunciat; & deinde quia vovens tenetur à petendo debito conjugii abstinere, gravissimum onus alteri esset semper petere, maximi si esset femina verecundans.

Tertio solvantur sponsalia de futuro etiam, quibus copula carnalis accessit per sponsalia de præsentibus, sive per matrimonium cum alia persona contractum, utpote quod est vinculum fortius & habet rationem Sacramenti *cap. 20. de sponsal. cap. 22. c. d. Et cap. 1. de sponsa ducunt.* Ratio autem, quia in re est potentius ius ad rem *art. l. 15 Cod. de R. P.* ergò cum matrimonium ponat ius in re, sponsalia verò tantum ius ad rem, fortius ius erit ex matrimonio resultant.

resultans. Sanchez lib. 1. disp. 48. Angl. §. 3 n. 3 loc. cit.

Quæres octavo: Quid juris, si ratione prius sponsalium prohibitio Episcopi intervenient, qua tamen non obstat matrimonii contractum sit? Respondetur nihilominus valere matrimonii contractum, & priora sponsalia dissolvi. Ita Angl. loc. cit. Et Lozf. ad decret. lib. 4. tit. 16. Ratio: quia prohibitio Episcopi seu interdictum Ecclesiæ tantum ponit impedimentum impediens, quod nuptias facit quædam illicitas, non vero invalidas.

Non obstat cap. 2. de si causa duorum in verbis: *Accepti illam uxorem quam alter sibi desponsaverat: domite illam, quia nunquam potest tibi fieri legitima.* Respondetur enim d. cap. 2. intelligendum de casu, quo quis duxit illam, quæ alteri jam de præsentis desponsata erat, sive ut clarius loquar, dico cap. 2. intelligendum esse de casu, quo priora sponsalia non fuerunt de futuro, sed de præsentis. Nos autem ipsi concedimus per sponsalia de præsentis, seu per matrimonium non solvi sponsalia de præsentis.

Neque adversatur cap. per eod. tit. ubi Episcopo datur potestas irritandi atque annullandi matrimonium contra prohibitionem Ecclesiæ contractum. Eum vero respondetur in casu d. cap. per. E. iscopum accepisse illam potestatem irritandi ex speciali privilegio Pontificis, quæ potestas alias regulariter Episcopo non competit. Pontifex vero matrimonium ita prohibere potest, ut contra prohibitionem contractum ipso jure nullum sit, sed requiritur expressæ clausula irritans, simplex enim prohibitio matrimonium subsecutum non ponit nullum, pulchre Angl. lib. 4. tit. 2. §. 1. n. 4. Lozf. d. l. ultimus.

Kies ad hujusmodi.

Quæres nono: An priora sponsalia de futuro per posterora de præsentis solvantur, ut omnis in §. spectrum obligatio tollatur, an vero matrimonio forte per aliquod impedimentum dirimens, vel mortem descripto reviviscant? Respondetur in utramque partem magno DD. diffido agitatam esse hanc controversiam.

Prima sententia docet sponsalia totaliter soluta esse, nec ullo tempore, vel modo reviviscere. Ita Sanchez. lib. 4. p. 48. n. 3. Porbus. de sponsal. fol. 2. §. 3. num. 59. Leyman. tit. 10. p. 1. cap. 2. num. per.

Moveretur primo, quia obligatio priorum sponsalium extincta est per matrimonium. Obligatio autem semel extincta non reviviscit sine utriusque consensu, ne quis invitus in obligationem trahatur. L. 98. §. autem ff. de solut.

Moveretur secundo: Obligatio ex voto ingrediendi religionem strictiorem, totaliter extinguatur per professionem in religione minus stricta. Cap. 5. de Regular. b. in 6. ergo etiam obligatio ex sponsalibus de futuro totaliter extinguatur per subsequens matrimonium. Consequentiam ostendo. Ideo obligatio ex voto ingrediendi religionem strictiorem totaliter extinguatur: quia obligatio ex sponsalibus, tanquam fortior, extinguit obligationem minus fortiori ex voto simplici; ergo etiam obligatio ex sponsalibus de futuro totaliter extinguitur per subsequens matrimonium, quia obligatio ex matrimonio tanquam fortior extinguit obligationem minus fortiori ex sponsalibus.

Verum sententia contraria magis aridet, quæ docet, matrimonio per impedimentum dirimens, vel mortem soluto reviviscere sponsalia. P. Ariz. lib. 4.

I

p. 1.



*p. 1. §. 10. n. 62. Ebbes th. sefl. quaff. 24 Wex. de spons. p. 1. §. 7. num. 13. Zorf. ad Decret. de sponsal. n. 34. Præm. loc. cit. num. 22.*

Probatum hæc sententia primò, qui votum emisit ingrediendæ religionis non liberatur omnino per subsequens matrimonium, sed mortuâ uxore sua tenetur obligationi suæ satisfacere, prout omnes, imò & ipsi adversarii admittunt, ergò etiam, qui contraxit sponsalia cum una non liberabitur ab obligatione sua per subsequens matrimonium cum alia contractum, sed tenetur uxore mortuâ obligationi suæ satisfacere.

Secundò, qui rem duobus vendidit, & secundo tradidit, licet non possit amplius primo tradere, non tamen liberatur venditor ab obligatione, quâ primo tenetur, sed si rem postea consequatur, compelli potest, ut Primo emptori tradat, ergò idem in nostro casu à paritate diendum.

Tertio, facit & ista ratio, quod nemo ex delicto suo commodum sentire debeat, & alterum per factum suum jure questio privari, prout sequeretur, si prior sententia concederetur.

Ad primum respondetur, hoc ipsum in questione esse, utrum in prædicti casu totaliter extincta sit prior obligatio sponsalium, an verò durante matrimonio suspensa maneat, quod ultimum nos asserimus.

Dices, si alienum servum promisi, & in à Domino manumissus est, liberor ab obligatione, etsi idem servus rursus servus essetui sit, *d. 198 §. 8. ff. de solut. i.* ergò similiter, si post iura sponsalia contraxam matrimonium, liberor à prætere obligatione, etsi casu aliquo matrimonium dissolvatur. Ideo enim priori casu liberor ab obligatione tradendi vel

procurandi servi, quia obligatio semel extincta, semper extincta manet, ergò etiam in posteriori casu ideo liberabor ab obligatione priorum sponsalium, quia hujus obligatio semel extincta manet extincta. Respondetur concedendo antecedens negando consequentiam, ad probationem iterum nego suppositum consequentiam. Ratio verò quare per manumissionem omnis obligatio tollitur, non verò per matrimonium, disparitas est, quia obligatio tradendi libertati diametraliter resistit, & cum libertate non potest simul subsistere: contra verò obligatio sponsalium cum obligatione matrimoniali recte consistit, non quidem ut durante matrimonio executioni mandetur, sed interim suspensa & sopita maneat. Deinde in casu priori quo servus alienus manumittitur, non concurrebat factum promittentis: secus in casu quo cum posteriori sponsa matrimonium contrahitur.

Ad secundum respondetur, concessio antecedente negando consequentiam. Disparitas est, quia in priori casu unus tantum idemque est creditor, puta, Deus, qui majoris censetur restituere obligationem, quæ consurgit ex actuali professione, quàm illam quæ nascitur ex nudo voto ingrediendæ religionis. In posteriori verò casu sunt duo & diversi planè creditores, quorum unus non censetur jure suo cadere propterea, quod alteri sit factum scilicet. Aliter respondet *Wex. loc. cit. num. 13. aique d. cap. 5.* contineri specialem dispositionem, quæ consulit paci monasteriorum, ne professi in religione laxiori cum tumultu extrahi debeant. Adhuc

Quæres decimo, an sponsalia priora solvantur per posteriora juramento, vel eo, uli carnali confirmata.

Respondetur

**18** Respondetur primo, per posteriora jurata non solvi priora, quia per ratum, quod vergit in dispendium anime & præjudicium tertii, non est obligatorium *cap. 18 de jurur.* atqui id genus juramentum vergit in dispendium anime, quia priora sponsalia sub mortali peccato obligant, & in præjudicium tertii, quia priori sponsæ competit jus quæsitum: ergo non est servandum. Ita *Engl. num. 5. Sanchez. lib. disp. 50.* ubi infert ex parte illius, cui prior fides data erat, solvi sponsalia, si velint, quoniam contrahens eum alia juratō prioribus sponsalibus renuntiādo intelligitur.

**19** Respondetur secundō: si ante decretum *Trident. Sess. 24. cap. 1. de matrim.* sermo institueretur, & copula cum posteriori affectu conjugali esset habita, dubium nullum esse priora sponsalia dissolvi, quia posteriora transibant in matrimonium. Cum verò nunc cessaret matrimonium illud præsumptum, tenendum est non dirimi priora sponsalia, quia fides posterius data in præjudicium prioris ita est, & talis copula subsequens mere fornicaria est: sicuti autem copula mere fornicaria, & sine affectu conjugali habita etiam ante Tridentinum Concilium nihil operabatur, ita neque hodie quidquid operatur. *Sanchez. lib. 1. disp. 48. Zoes. in jus Canon. de sponsal. num. 36.*

Obijciat, si una eademque res duobus vendatur, ita est potentior, cui prius tradita *L. 11. Cod. de R. V.* ergo etiam sponsalia, cui copula accessit, erunt potentiora, quia copula loco traditionis habetur. Respondetur negando consequentiam, quia in posteriori casu non intervenit traditio valida, sicuti in priori casu. Ad hoc ut acquiratur alicujus rei dominium vel jus in re, requiritur

valida causa translativa domini, qualis non est copula fornicaria in ordine ad matrimonium.

Sanè si posterior sponsa aliter indemnitas servari nequeat, & insuper magnum dñum & honoris jacturam pateretur, ex æquitate illa duocenda foret, ne indulta tam benigniter prouendi in corpus licentia in grave ejus detrimentum retorqueretur. Deinde quando duæ obligationes concurrunt, quæ simul stare nequeunt, debiliior perimitur per fortiorē, sed obligatio ex sponsalibus copula carnali roboratus resistens, videtur esse fortior ob damnum scilicet illatum. Ergo.

Quartō solvuntur sponsalia lapsu temporis, si videlicet sponsalibus finientis certum tempus & terminus fuerit præfixus, eo elapso, si matrimonium non sit contractum, solvuntur sponsalia *cap. 22 h. t. Engl. num. 9. Zoy. num. Sanchez. lib. 1. disp. 53.*

Quintō solvuntur sponsalia ex causa absentie, puta, si alterutra pars non habita licentia, vel altera non consentiente, in longinquas terras abierit, & diuturnam absentiam fecerit. Tunc liberum est parti, quæ non est profecta, ad alias nuptias transire, *cap. 5. de sponsal.*

Quantum autem temporis absentie requiritur, in jure Canonico determinatum non est. De jure civili talis soles adhiberi distinctio, ut si sponsus ex causa necessaria, forte reipublice, abijt, sponsa teneatur redditum expectare, non officium absenti sit damnosum. Si vero ex causa voluntaria abijt, sponsa teneatur per biennium, si simul sponsus moreretur intra provinciam, si extra provinciam, per triennium expectare. *L. 2. Cod. de sponsal.*

Sextō, solvuntur sponsalia ex causa 20  
l 2 forni-

fornicationis, puta, si post contracta sponsalia pari alterutra cum tertia persona se commisceat, tunc enim pars innocentis exsiliare potest a sponsalibus, quia hæc conditio in se continetur: Si *fides data servata fuerit*. Si uterque sponsus fuerit fornicatus, tunc neuter a sponsalibus resistere potest, quia delicta mutua compensatione tolluntur. Deinde licet in matrimonium ob adulterium separari possit quoad thorum & mensam, si tamen uterque conjux pari crimine se contaminaverit, delicta mutua compensatione tolluntur *cap. pen. Et ult. de adul.* ergo etiam licet sponsalia solvi possint ob fornicationem, si tamen uterque sponsus pari crimine se contaminaverit, solvi non poterunt, quia delicta mutua compensatione tolluntur.

- ¶ Mihi, ut verum fatear, hæc doctrina non placet, sed teneo cum Sanchez. *lib. 1. disp. 55. num. ult. item cum Pirhing. loc. cit. sed. 2. §. 3. num. 62* quod sponsus non teneatur ducere sponsam, quæ fornicationem passa est, licet ipse sponsus etiam fornicatus sit. Ratio est, quia fornicatio multo foedior, ipsique sponsus detestabilior est in muliere, quam rosa versa, adeoque delicta pari turpitudine non censentur compensari.

Ad rationem a paritate adulteris deductam responderetur, non esse eandem rationem adulterii & fornicationis a sponso commissæ; in adulterio enim, si ob id divorcium conceditur, spectatur fides conjugalis, quæ æque a viro æque ab uxore violatur, cum uterque per matrimonium ad eam servandam æque se adstrinxerit. E contra in fornicatione sponforum in ordine ad dissolutionem sponsalium non solum attenditur fides sponsalitiæ violatio, sed & infamia, atque damna, quæ ex eo sponsus resiliant.

Brevius responderetur dicendo, longe difficilior permissi divorcii seu separationis matrimonii quoad thorum, quam dissolutionem sponsalium, quæ ob quamvis notab. rem rerum mutationem fieri potest. *Et ult. inf. loc. cit. n. 26.*

Septimo solvuntur sponsalia, si impedimentum aliquod dirimens, v. g. consanguinitas vel affinitas inter desponsatos detegatur, cum enim sponsalia tendant ad nuptias, non possunt non dissolvi, quæ nuptiæ civiliter sunt impossibiles. Sed hæc, quod quis post contracta jam sponsalia cum sorore sponsæ fornicatus sit, & sic sua culpa impedimentum dirimens constituerit, tenetur de dispensationem impetrare. Responderetur teneri, ne alias sponsus ex sua iniquitate lucrum ferat & alteri sponsæ jus questum tollat. Ita *Hæc p. 1. §. 7. n. 11. Stab. lib. 1. l. p. 56.*

Quod alia mente repositum esto, in modum probandi tale impedimentum notabilem differentiam esse inter matrimonium & sponsalia. Nam matrimonium de facto contractum non dirimitur, nisi impedimentum pene probetur, & in dubio potius pro matrimonio iudicatur, cuius separatio plerumque scandalosa est. *Cap. ult. de sent. Et rr. iud.*

At vero in sponsalibus de futuro etiam sola sum. dictum unius testis, vel alia semplex probatio de impedimento sufficit, ut sponsalia dissolvi possint & debeant; cum enim agatur de periculo peccati, tumor est sententia, quæ a matrimonio contrahendo coerces. *Engl. 1. 1. §. 3. n. 6. Sanchez. lib. 1. disp. 71. per tot.*

Octavo & ultimo dissolvuntur sponsalia, si post illa contracta ob accedens non prædictum difficultas reddatur matrimonium. Sponsalibus enim hæc inest conditio: *Si omnia nomen in eadem statu*.

tu. Ergo si status notabiliter mutetur; desinunt obligare sponsalia. Hinc sua sponte sequuntur, sponsum posse rescire a contractu sponsalicio, si sponsa ab alio etiam violententer fuerit cognita, tametsi enim culpa careat, difficultas tamen redditur matrimonium.

Item si notabilis deformitas, aut morbus difficulter curabilis v. g. Epilepsia, Lues Venerea, Lepra, &c. sponfam inuaserit, quia nemo cum huius defectibus praesumitur se obligare voluisse ad nuptias.

Pariter si paupertas supervenerit, vel gravis infamia, vel morum asperitas, vel ebrietas, vel etiam gravis inimicitia inter consanguineos, qui se opponunt, a sponsibus facile quis rescire poterit. *Hagl. d. h. c. num. 11. König de spons. d. p. 1 § 10. num. 75. § 59. Sacl. 2. 14 1. d. p. 57 § 59.*

Hucusque de iussu nuptiarum sequitur de nuptis: cum vero inter certas personas propter causam unitatem & affinitatem nuptiae prohibentur, id eo compremis agendum duxi de computatione graduum consanguinitatis, & affinitatis, quos novisse Juris consulti per quum multum interest.

- 22 Primo, quis matrimonium in certis gradibus est prohibitum *cap. 8. § de Consang. & affinit.* ideo in quoto gradu prohibeatur, Jurisperitis scire debet. Secundo interest gradus novisse, quia per gradus deferuntur hereditates, & proximus excludit remotiorem a successione defuncti, nisi jus representationis locum habeat. § 5 *Instit. de leg. agnat. success.* Tertio, quia secundum gradum deferuntur tutelae. Quarto denique interest Jurisconsulti novisse gradus propter testimonia. Inter ascendentes & descendentes enim regulariter non admittuntur testimonia, l. 6. *Cod.*

*de testib. & consanguinei collaterales in vi non coguntur ferre testimonium adversus cognatos. l. 4 ff. de testib. volentes tamen testes poterunt cap. licet. § de testib. hinc si tales personae testimonium ferant, consultum est notare, volentes dixisse. Schuerd. de nupt. num. 1.*

Consanguinitas est vinculum personarum ab eodem stipite descendendum carnalis propagatione contractum.

Constat haec consanguinitas potissimum in tribus, puta, linea, gradu & stirpe.

Linea est series sive collectio personarum ab eodem propinquo stipite descendendum, posteriores ab anterioribus distinguunt.

Dividitur linea in rectam & obliquam.

Recta iterum est, vel ascendendum vel descendendum. Linea recta ascendendum continet personas, quibus originem nostram debemus, v. g. pater, avus, proavus, aravus, &c. Linea recta descendendum continet personas a nobis genitas, ut est filius, nepos, pronepos, abnepos, &c.

Linea obliqua seu transversa dicitur, quae complectitur illas personas, quarum una alteram non genuit, & tamen ab una stirpe, & sanguine propagatae sunt, v. g. frater, soror, & eorum liberi. Item patruus, avia, avunculus, matertera, &c.

Dividitur linea obliqua in aequalem & inaequalem. Aequalis dicitur, quae continet personas aequaliter a communi stipite distantes v. g. duo fratres; aequaliter enim distant a communi stipite, scilicet, uno gradu. Inaequalis illa dicitur, quae continet personas, quarum una non est remotior a communi stipite, quam altera, uti v. g. frater & fratris filius.

Gradus est intervallum, quò agnoscitur, quæ persona stipiti sit propior, sive est distantia unius personæ ab alia. Dicitur autem gradus ad similitudinem scalarum, quas ita ingredimur ut à proximo in proximum transeamus.

Stipes & persona, à qua cæteræ personæ, de quarum conjunctione queritur, descendunt, & originem ducunt. Sia avus est stipes respectu nepotis. *Schneid. n. 4.*

Computatio graduum aliter constituitur de jure civili, aliter de Jure Canonico.

De Jure Canonico ( cui in materia matrimoniali, ut potè spiritali standum. ) triplex regula assignatur.

26 Prima locum sortitur in linea recta seu ascendentium & descendentium, & est hæc : *Tot sunt gradus, quot sunt personæ unâ demptâ ; sive ut alii dicunt, tot sunt gradus, quot sunt generationes usque ad illam personam de cujus cognatione queritur.* Itaque si scire velim, quoto gradu nepos distet ab avo : tunc enumerò istas duas, & omnes alias intermediarias personas, atque tot erunt gradus, quot personæ, unâ demptâ. Sic dico : avus, filius, nepos, sunt tres personæ : una dempta manent duæ ; ergo nepos distat secundo gradu ab avo. Vel secundum alteram regulam dico : avus genuit filium, est una generatio, unus gradus. Filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secundus gradus.

Item si scire velim, quoto gradu Josephus Primus Rex Romanorum distet à Ferdinando Secundo proavo suo : tunc enumerò istas duas & intermediarias personas, & erunt tot gradus, quot personæ, una dempta : sic dico v. g. Ferdinandus Secundus, Ferdinandus Tertius, Leopoldus Primus, Josephus Pri-

mus, sunt quatuor personæ, unâ dempta remanent tres, ergò Josephus Primus distat tertio gradu à Ferdinando Secundo proavo suo. Ut res fiat luculentior, figuram accipe, ex qua colligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo.

Abavus.  
Proavus.  
Avus.  
Pater meus  
Ego.

En quinque Personæ prodeunt ; ut ergò intelligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo, deme stipitem, sive unam personam, & remanebunt quatuor ; ut proinde ab Abavo meo distem quatuor gradibus, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ demptâ.

Aliud exemplum, quò patebit, quoto gradu distem à patre meo. Pone.

Pater.

Ego.

Ecce ! sunt duæ personæ, unâ dempta, remanet una ; ergò uno gradu disto à patre meo, quia tot sunt gradus, quot personæ, una demptâ.

Aliud exemplum, quo intelliges, quoto gradu distem ab Atavo meo. Pone.

Atavus.

Abavus.

Proavus.

Avus.

Pater meus.

Ego.

Ecce ! prodeunt sex personæ, unâ demptâ, remanent quinque ; ergò quinto gradu disto ab Atavo meo, quia tot sunt, sed unâ demptâ, gradus quot personæ, unâ demptâ sunt quinque personæ ; ergò quinto gradu disto ab Atavo meo.

Eadem regula, quæ pro linea recta ascen-

ascendentium traditur, locum habet in linea descendentiū. Ut ecce? Queritur quoto gradu à me distet abnepos? Pone.

Ego.  
Filius meus.  
Nepos.  
Pronepos.  
Abnepos.

Ecce! subsunt quinque personæ, unâ dempta remanent quatuor, ergò abnepos meus distat à me quarto gradu, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ dempta.

Aliud exemplum, quò patebit quoto gradu meus pronepos distet ab Avo meo.

Avus meus.  
Pater meus.  
Ego.  
Filius meus.  
Nepos.  
Pronepos.

En prostant sex personæ, una demptâ remanent quinque; ergò Avus meus distat à pronepote meo quinque gradibus, quia tot sunt gradus, quot personæ unâ demptâ.

27 Secunda regula in linea collateralium æquali est talis. *Quoto gradu distat uterque à stipite, eodem gradu distant inter se.* Sic queritur, quoto gradu distent duo fratres? Ut hoc intelligas, oportet ab illis personis, de quarum cognatione queritur, numerando ascendere usque ad illam personam, in qua conveniunt, sive usque ad stipitem; quod ut clariùs reddatur, Figuram cape.

Pater.

Frater unus. Frater alter.

Ecce! stipes sive persona, in qua fratres conveniunt, est pater; ascende ergò à fratre usque ad stipitem, & reperiēs, quòd uterque frater uno gradu

à stipite communi distet, ergò etiam uno gradu ipsi fratres invicem distant; quoto enim gradu distat uterque à communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Aliud exemplum, quò patebit quoto gradu distet filius meus à filia sororis meæ.

Ecce! stipes sive persona, in qua ego & soror mea convenimus, est pater noster; ascende ergò à filia sororis meæ, & reperiēs, quòd illa duobus gradibus, sicut filius meus à meo patre, distet; ergò distant invicem duobus gradibus.

Pater.

Ego. Soror.  
Filius. Filia ejus.

Aliud exemplum, quòd docebit, an duorum fratrum nepotes possint contrahere matrimonium; figura exempli talis est.

Pater.

Frater unus. Frater alter.  
Filius ejus. Filius ejus.  
Nepos. Neptis

Ecce! in posita figura debeo primùm observare & inquirere, quis sit stipes, sive in quo ambo fratres conveniant, qui utique in patre, qui respectu nepotis est proavus, conveniunt. Hoc habito incipio à viro, de cujus nuptiis queritur, ut in dicto exemplo est nepos, & ascendo sursum per singulos gradus, proximū semper numerando & notando, donec ad communem utriusque fratris patrem sive stipitem devenio. Postea vero descendendo deorsum, eodem prorsus modo, donec perveniam ad mulierem de cujus conjunctione queritur. Hoc facto statim apparebit, utrum æqualiter à communi stipite distent, an inæqualiter, atque ita, cum in dicto exemplo æqualiter distent à communi stipite tribus gradibus, ideo etiam distant invicem

cem

cem tribus gradibus; quoto enim gradu distat uterque a communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Quæres: possumne ducere filiam amicæ meæ? & negative, quia mihi in secundo gradu iuncta est. Ut ecce!

Avus.

Pater meus. Amita sive soror  
Patris.

Ego. Filia ejus.

Quæres iterum. Nepus mea potestne nubere nepoti patruelis mei? Respondetur negative, quia sunt sibi invicem in quarto gradu iuncta. Ut ecce!

Avus.

Pater.	Patruus.
Ego.	Patruelis.
Filius meus.	Filius ejus.
Nepus mea.	Nepos.

Causa positæ figuræ talis est: meus pater habet fratrem, qui est meus patruus. Ille habet filium, qui est meus patruelis; sumus enim duorum fratrum filii. Ille patruelis habet nepotem, & ego neptem. Hæc neptis non potest nubere patruelis mei nepoti, quia distant quarto; juxta regulam: quoto gradu distant ambo a communi stipite, eo gradu distant inter se.

Quæres denique, an Materteræ magnæ abnepis possit nubere nepoti meo? Respondetur affirmative, quia quinto gradu invicem distant. Ut ecce!

Proavus

Avia mea.	Soror ejus sive Matertera magna.
Mater mea.	Filius.
Ego.	Nepos.
Filius.	Pronepos.
Nepos.	Abnepis.

28 Tertia regula locum habet in lineis inæquali collateralium, & est ista:

Quoto gradu distat remotior a communi stipite, eodem gradu distat inter se. Sic si scire velim, quoto gradu fratris mei filia distet a me, videre debeo, quoto gradu distet a stipite, sive ab illa persona in qua ego & frater meus convenimus. Hoc habito, incipio a remotiori persona numerando sursum ascendere, & gradus computare. Quoto demde gradu distat a me. Ut ecce!

Pater.

Ego.	Frater meus. Filia ejus.
------	-----------------------------

Aliud exemplum, quod ostendet, an ego possim matrimonium contrahere cum nepte fratris mei? Et respondetur, quod non: quia est mihi in tertio gradu iuncta.

Pater.

Ego.	Frater meus. Filius ejus. Neptis.
------	---

Ecce! Neptis a patre meo distat tertio gradu & est remotior, ergo distat tertio gradu a me.

Quæres, an ego possim ducere filiam patruelis mei? Respondetur negative, quia est mihi in tertio gradu iuncta. Ut ecce!

Avus.

Pater.	Patruus.
Ego.	Filius sive patruelis. Filia.

Ecce! pater meus & eius frater, qui est meus patruus, conveniunt in meo avo. Filia vero mei patruelis distat ab avo, veluti stipite, tertio gradu, & est remotior; ergo distat etiam tertio gradu a me.

Quæres iterum: An possim promatertem ducere? Si et an possim ducere

ne

meæ proavæ sororem ! Et responde-  
tur quod non , illa enim mihi est in  
quarto gradu juncta ; prout sequens fi-  
gura demonstrabit ; ut possim intellige-  
re quis sit stipex in dato exemplo , de-  
beo personam querere, in qua Proa-  
tertera & Proavia mea conveniant : &  
patebit , quod in abavo meo conveni-  
ent, habito itaque stipite, ab hoc descen-  
do ex uno latere usque ad me, de cujus  
scilicet nuptiis queritur , & ex altero  
latere ascendo numerando gradus : de-  
inde video , quis sit remotior , & eo  
gradu, quo hic distat a stipite, eo gradu  
distat a me. Sit itaque

Abavus.

Proavia.

Promatertera.

Avia.

Mater.

Ego.

Querens rursus. An Nepos meus pos-  
sit ducere patrui mei abnepem ? Re-  
sponderetur affirmative , quia invicem  
distant quinto gradu.

Avus.

Pater meus.

Patruus.

Ego.

Filius.

Filius meus.

Nepos.

Nepos.

Pronepos.

Abnepitis

Querens pro coronide, An ego pos-  
sim ducere filiam abamitæ meæ ? sive  
filiam sororis mei abavi ? In dato ca-  
su cumprimis querendum est, ubi aba-  
mita & meus abavus conveniant , &  
patebit , quod in atavo conveniant.  
Hoc habito numero gradus , sicuti in  
precedentibus , itaque sit

Atavus.

Abavus.

Abamita.

Proavus.

Filia ejus.

Avus.

Pater.

Ego.

Res ad Instituta.

Ecce ! ego dislo quinque gradibus a filia  
Abamitæ meæ, ergo possi illam ducere.

Hic in antecessum præmissis.

Querens II. In quoto gradu ergo  
prohibitum sit contrahere matrimo-  
nium ? Respondetur : In Linea ascen-  
dentium & descendantium matrimo-  
nium esse prohibitum in infinitum.

*l. 53. ff. de ritu Nupt. §. 1. Instit. h. 1.*

Ratio est posita in unione sanguinis ,  
quæ inter ascendentes & descendentes  
est perpetua , adeoque sequitur : Si  
Adamus hodie viveret , & uxore alia  
indigeret, quod nullam habere vel du-  
cere posset. Sunt quidem nonnulli,  
qui conantur evincere in linea ascen-  
dentium, & descendantium impeditum  
matrimonii non prodici ultra quar-  
tum gradum instar consanguinitatis ;  
rationem assignant istam, quia Jus Cano-  
nicum generaliter & indistincte sancit,  
Matrimonium esse dumtaxat usque ad  
quartum gradum inclusive prohibitum,

nulla facta differentia inter lineam re-  
ctam & obliquam. *cap. non debet. ult. de  
consang. Et affin. Hujus sententiæ etiam  
est Sanch. lib. 7. disp. 51. n. 13 ubi sub  
n. 20. asserit etiam in linea recta non nisi  
in primo gradu de jure naturæ matrimo-  
nium esse prohibitum ; adeoque in-  
specto solo jure naturæ inter omnes  
ascendentes posse consistere matrimo-  
nium excepto solo patre & matre.*

Verum utitur de jure civili clare deci-  
sum est in linea recta matrimonium esse  
in infinitum prohibitum ; quod cum jure  
Canonico mutatum non sit, standum erit  
hoc in passu Juri Civili claro arg. c. 1. *de  
novi operis nunciis. Zoes. n. 30.* Deinde  
huic rei anxie scrutando insudare vide-  
tur negotium esse absque fructu, juxta  
ipsos enim adversarios matrimonium in  
linea recta usque ad quartum gradum  
prohibitum est, sine maculo autem

K

VIX



vix moderna aetate accidet, ut descendentes annos vitæ suæ in quantum usque gratum producant. *Engl. de Confang. Et affinit. n. 10.* In linea collateralium matrimonium est prohibendum usque ad quartum gradum inclusive *d. cap. non debet Et cap. ut Rato* non est alia quam illa quod ultra hunc gradum remoti multum alieni sanguinis ex intermediis matrimonius jam contraxisse videantur.

Postquam lance appendimus gradus computationem in genere consanguinitatis, postulat institui ratio, ut differamus de affinitate, circa quam novisse gratius Juris Consulti duplici ex causa interest. Primo propter testimonium; licet enim regulariter quis etiam invitus cogi possit ad ferendum testimonium, ne veritas occultetur, affines tamen invitati non coguntur dicere testimonium contra affines. *L. 10 ff. de grad. Et affinit.* Secundo propter matrimonium; Jus enim civile nefas esse docuit, eos qui affinitatis causa inter se parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari § 6. *Instit. b. 1.*

- 30 Affinitas definitur, quod sit vinculum personarum ex copula carnali resultans, de se non involvens consanguinitatem.

Dicitur 1. *Vinculum personarum* In hoc enim convenit cum cognatione carnali.

Dicitur 2. *Ex copula carnali resultans*, in quo distinguitur a cognatione carnali sive consanguinitate. Fundamentum itaque affinitatis consistit in copula carnali, ad generationem proli de se idonea, hujus enim amplexu fiunt duo in carne una; ac cognatio unius traditur ad finem cognationis alterius. Unde sua sponte sunt, ex matrimonio ratio affinitatem non confurgit, quia per matrimonium ratum vir & uxor non efficiantur una caro, sed desideratur ipsa copula carnalis, idonea

ad generationem: quæ autem talis copula sit idonea ad generationem vide Sanchez. lib. 7. d. p. 74. n. 7 ubi id solide & perspicue docet. Ego rem non disento, sed manum moveo de tabula, ne forte contingat, ut nonnullis dentes in copulam prurire faciam.

Illud memoria tenaci dignum, de Jure Civili non aliter contrahi affinitatem, quam ex iustis nuptus & copula licita: De Jure vero Canonico etiam per illegitimam conjunctionem maris & femine, & sic per illicitum & fornicarium coitum contrahi affinitatem; quæ æque per licitam, quam illicitam copulam e gnatio una trahitur ad fines cognationis alterius. Sanchez. d. l. n. 16.

Pro computatione graduum affinitatis tenendæ sunt sequentes Regule.

#### REGULA PRIMA.

Maritus & uxor non sunt affines, sed 32 principium affinitatis, & quasi stipes, ex quo affinitatis gradus numerantur; sicut enim punctum se habet respectu lineæ, ita se habet maritus, & uxor respectu affinitatis: ergo sicut punctum non est linea, sed unum lineæ, ita maritus & uxor non sunt affines, sed initium affinitatis. *Engl. num. 2. de Conf. Et affinit.*

#### REGULA SECUNDA.

Solus maritus fit affinis consanguini-33 bus uxoris, & sola uxor fit affinis consanguineis mariti. Quia solus maritus amplexu copule carnalis accedit ad cognationem uxoris, & sola uxor per nexum carnalem trahitur ad cognationem mariti, ergo inter solum maritum & consanguineis uxoris, ac solam uxorem, & consanguineos mariti confurgit affinitas. Unde sequitur.

#### REGULA TERTIA.

Inter consanguineos mariti ex una 33 parte, & consanguineos uxoris ex altera,

ra, non inducitur affinitas: five consanguinei uxoris non sunt affines consanguineis mariti, nec consanguinei mariti sunt affines consanguineis uxoris. Ita *cap. 5. de consang. et aff.* Ratio quia inter memoratas personas nullus intercedit nexus, adminiculo cujus colliguntur, ergo inter memoratas personas non conlurgit affinitas.

Unde sua sponte sunt a patre & filio duos posse matrem & filiam: nec non duos fratres posse ducere duos sorores. Contra vero maritum non ducere personam uxori lux in quarto gradu junctam.

#### REGULA QUARTA.

34 Gradus affinitatis numerantur hoc modo. quoto gradu quis conjunctus est marito in genere consanguinitatis, eodem gradu junctus est uxori in genere affinitatis; & versa rota, quoto gradu quis conjunctus est uxori in genere consanguinitatis, eodem gradu junctus est marito in genere affinitatis. *Cap. 3. cons. 35. q. 5.* Unde quia frater meus mihi junctus est in primo gradu in linea consanguinitatis, ideo eodem gradu junctus est uxori meae in linea affinitatis. Adeoque si consanguineus tuus ducat uxorem, & scire velis, in quoto gradu affinitatis sit tibi conjuncta ista mulier, vide quoto gradu tibi conjunctus sit consanguineus, & eodem gradu erit tibi ipse uxor in genere affinitatis.

• Dices, in *L. 4. §. 5. ff. de gradib. et aff.* dicitur, quod nulli sint gradus affinitatis, ergo frustra de gradibus affinitatis agitur. Respondetur enim; sensum legis esse, quod affinitas non sint tales gradus, quales consanguinitatis, adeoque proprii, sint tamen gradus affinitatis improprii. *Engel n. 3. loc. cit.*

#### REGULA QUINTA.

35 Sicuti de Jure Canonico inter con-

sanguineos usque ad quartum gradum consanguinitatis inclusive matrimonium prohibetur, ita quoque usque ad quartum gradum inclusive inter affines collaterales prohibetur matrimonium, *cap. non debet, de consang. et aff.*

Cum hac tamen differentia inter affinitatem, quae ex copula licita provenit, & illam, quae ex copula illicita descendit, ut illa matrimonium impediat usque ad quartum gradum inclusive; haec vero usque ad secundum gradum. Ita decernitur in *Concil. Trident. sess. 24. de matrim. cap. 34.* Ratio quae videtur movisse *Concil. Trident. est*, quia fornicationes sunt valde frequentes, ac plerumque occultae; unde periculum erat, ne impedimento hoc late nimis effuso conjugia plurima irritarentur.

#### REGULA SEXTA.

Sicut matrimonium inter consanguineos ascendentes & descendentes ratione consanguinitatis in infinitum prohibitum est, ita etiam inter affines ascendentes, & descendentes perpetua est conjugii prohibitio ratione affinitatis. In linea autem affinitatis inter ascendentes illi numerantur, qui parentum loco inter se habentur. Tales sunt Socer (*desi Manni oder der Frauen Vatter*), Socrus (*desi. Manns oder der Frauen Mutter*), Virtricus (*der Stief-Vatter*) Noverca (*der Stief-Mutter*). Inter descendentes numerantur illi, qui liberorum loco inter se habentur, Gener (*der Tochter-Mann*), Nurus (*der Sohns Frau*), Privignus (*Stief-Sohn*), Privigna (*Stief-Tochter*). Unde noverca non potest nubere privigno, nepos, vel pronepos, &c. Vel e contra virgine non potest ducere privignam, neptem, vel proneptem. Item socer non potest ducere nurum, nec ejus filiam vel nepotem, &c. *Perr. Instit. hoc. tit. §. affinitatis.*

Quoties duodecimo: An sumamus

Pontifex possit dispensare circa gradus prohibitos? Prius quam ardua hæc & intricata questio in lucem clarioris summet, sciendum est, in quibus gradibus matrimonium sit prohibitum de jure naturali, diuino, & humano positivo. Itaque sequitur

- 37 Assertio prima: Inter ascendentes & descendentes, seu in linea recta prohibitum est matrimonium de jure naturæ in infinitum. Ita docet L. 53. §. de ritu nupt. Ratio est in horrore naturali omnium gentium, quæ abhorrent commisceri eam personis, quibus originem debemus, vel illam a nobis habent.

Deinde omnes descendentes et in remotu respectu ascendentium dicuntur filii, & per consequens illis debent reuerentiam, & subjectionem, cui actus conjugalis multum præjudicaret. *Zonf. ad decret. de consang. & affinis n. 6.*

Limitatur, ut dicta assertio non procedat in casu necessitatis, quoniam genus humanum aliter servari non posset, sicut factum est in exordio mundi & post diluvium. *Engl. lib. 4. tit. 16. n. 5. Vid. Sen. ben. lib. 7. disp. 7. n. 19 ubi, ut supra jam dixi, conatur evincere, indecens quidem esse, inter ascendentes & descendentes contrahi matrimonium; concludit tamen de jure naturæ tale matrimonium non ultra primum gradum prohibitum esse: sed tanta non sunt ejus argumenta, ut tunc in dedicationem trahant. Illud inauditiū est, S. Pontificem unquam in linea ascendentium vel descendentium dispensasse.*

- 38 Assertio secunda. In linea obliqua seu transversa in solo primo gradu de jure naturæ prohibitum est matrimonium. v. g. intra fratrem & sororem. Ita *Sanchez lib. 7. disp. 58 n. 21 Engl. lib. 4. tit. 16. n. 5 Zonf. ad decret. de consang. & affinis n. 33.*

Probatur primo: ex cap. gaudemus;

de divor. ubi Innocentius tertius decernit, infideles conversos ad fidem non separandos esse a matrimonio tempore infidelitatis in secundo, tertio, & aliis ulterius gradibus consanguinitatis, quoniam, dicit, legibus Ecclesiæ non tenentur infideles; ergo a contrario sensu, quando sunt conjuncti in primo gradu, censet Pontifex, separandos esse, quia ille gradus jure naturæ matrimonium irritat.

Probatur secundo: quia *Aristoteles lib. 2. polit. cap. 2.* ipse edixit, solo lumine naturæ, cuique inditum esse, turpissimam esse conjunctionem parentum cum filiis, & fratrum cum sororibus.

Probatur tertio *Gen. 20* ubi Abrahamus, ne barbaræ genti pateficeret, Saram esse Abrahami uxorem, suam fuisse uxori, ut diceret, se esse sororem Abrahami, quasi vellet significare, ipsi barbaræ genti perspectum esse, inter sororem & fratrem non posse consistere matrimonium.

Probatur quarto: *Levit. 20* ubi Deus iussit junctos fratrem & sororem occidi.

Probatur quinto ex eo, quod Ecclesia in hoc gradu nunquam dispenset, nec dispensaverit, quod est urgens argumentum, matrimonium esse in primo gradu indispensabile.

Ex dictis sequitur matrimonium inter infideles in primo gradu lineæ transversæ contractum damnum esse, si ad fidem convertiantur; quoniam tale matrimonium jure naturæ prohibitum est, quod æque infideles, quam fideles obligat. *Sanchez loc. cit. num. 12.*

Non obstat primo, quod Abrahami uxorem, Saram, ejusdem sororem fuisse aliqui doceant, inducitur his verbis, quæ Abraham de Sara proloquebatur: *vere soror mea est filia patris mei, & non filia matris mee.* Item, *Gen. 12. de ergo obsecra,*

*alijcto, quod, orat mea sis* Respondetur enim, Saram non fuisse veram sororem Abraham, sed vocasse illam Abrahamum filium patris sui Thare, quia erat nepos ejusdem Thare, nata ex ejus filio Aram fratre Abraham.

Non obstat secundo. Quid niter Affines olim lege concessum fuerit matrimonium in primo gradu transverſe lineæ, ut recenset *cap. 20. cauf. 35. q. 3.* Enim vero negatur ſuppoſitum, talem legem fuisse potuisse, & deſecto latam, non fuisse contra jus naturæ, Sanchez *lib. 7. diſp. 52. nn. 11. in fine ad primum*, ubi plures adhuc textus ſacre ſcripturæ enodat, & in fine eandem, quam ſupra allegavimus, limitationem ponit, ut videlicet matrimonium inter fratrem & ſororem in caſu neceſſitatis, quo aliter genus humanum conſervari non poſſet, permiſſum eſſe. Vide etiam *Subvent. in 18. de m. b. aſſort.*

- 39 **Aſſertio tertium.** Neque jure naturali, neque jure div. uno inter collaterales ſecundi, tertii, & quarti gradus matrimonium eſt prohibitum, ſed tantum jure humano poſitive Pontificio, *cap. non debet de aſſort. Et conſang.* Deinde conſtat ex ſacra Scriptura, ut paulo ante ad objectionem primam declaravi, quod Abraham duxerit Saram, filiam fratris ſui. Et Naac duxit Melchiam pariter ſui fratris filiam, *Genef. 11.* Denique S. Pontifex in *cap. excommunicamus* de *divorciis* concedit infidelibus ad fidem converſis diſceſſum a matrimonio intra ſecundum, tertium, & quartum gradum contracto, eo quod tempore contracti matrimonii non fuerint legati ſtatui Eccleſiæ, ac ſi dicatur S. Pontifex matrimonium in ſecundo tertio & quarto gradu lineæ tranſverſe Eccleſiæ duntaxat decreto prohibitum eſſe. Sanchez *lib. 7. diſp. 53.*

- 40 **Aſſertio quarta.** In linea recta aſcen-

dentium & deſcendentium inter affines, ſunt, qui doceant, matrimonium non eſſe de jure naturæ prohibitum Sanchez *lib. 7. diſp. 66. num. 7.* Sed verius eſt, etiam tale matrimonium de jure naturæ in infinitum prohiberi. Ratio ſere eſt eadem, quæ primæ aſſertionis, ſuius enim eandem ſere reverentiam debet novercæ, aut vitrico, quam parentibus; ſiquidem pater, & noverca, vitricus & mater ſunt facti per matrimonium una caro, & murus ſocero debet eandem ſere reverentiam, quam debet ipſe vir, qui eſt filius ejus, cum quo facta nurus facta eſt una caro, & idem dicendum eſt de genere reſpectu ſocri. Deinde pro roboranda hæc opinio ſufficienter mihi argumentum eſt, quod S. Pontifex in linea aſcendentium & deſcendentium inter affines nunquam ſoleat diſpenſare. *Engl. lib. 4. tit. 16. num. 6. in ſua Sanchez lib. 7. diſp. 67. per tot.*

**Aſſertio quinta.** In linea aſſinitivæ collaterali, concordia Doctorem ſuffragio obinet, in nullo gradu de jure naturæ aut divino prohibitum eſſe matrimonium, Sanchez *lib. 7. diſput. 66. num. 10. Engl. d. loc. cit. n. Zoef. loc. cit. num. 35.*

Probat ex ſacra ſcriptura *Gen. 29.* ubi legitur, quod Jacob Patriarcha duxerit Liam, & poſtea ſororem ejus Rachel. Imo *Deuter. 25.* præceptum ſuit Iſraelitis, ſi fratrum tuus ſine liberis decederet, alter uxorem ejus acciperet. Accedit *cap. ſui. de divorciis* ubi S. Pontifex diſpenſat cum infidelibus ad fidem converſis, ut uxores fratrum retineant.

Denique facit, quod Julian ſectundus Romanorum Pontifex diſpenſaverit cum Henrico octavo Angliæ Rege, ut licet doceret uxorem Catharicam, quæ nupta ante fuerat ejus fratri Arturo, ſine liberis mortuo, ipſo (ut aliqui volunt) non

cognita; quidquid autem sit, cognita illa fuerit, nec ne, Clementis septimus consulus totius orbis illiuslibus universitatibus, & maturissimo consilio habito, decrevit auctoritate Pontificia fuisse legitimum dispensationem, quam Julius secundus in Henrico fecit. Porro tamen de jure naturæ prohibitum esse non videtur inter affines in primo gradu matrimonium contrahere: vetuit tamen Concilium Trident. sess. 24. cap. 5. de reformatione matrimonii dispensari nisi publicæ pacis causa inter magnos Principes. *Zoesl. loc. cit.*

His præmissis, responderetur, dispensare posse S. Pontificem super impedimenti humano jure inductis, modo iusta causa subsit, qui enim legem dedivillam iterum tollere, & abrogare potest, *Zoesl. loc. cit. n. 30. Engl. n. 3. lib. 4. tit. 16.* & quoad hoc nulla est inter Doctores differentia; in eo vero rotatur

42. Quæstio. An S. Pontifex dispensare possit in impedimentis jure naturali aut divino matrimonium dirimentibus? Respondetur negative. Ita Sanchez. lib. 3. disp. 6. num. 10. *Inq. d. lo. & Zoesl.* Ratio est, quia inferior non potest tollere, aut mutare legem superioris, cui est subiectus *can. 4. disp. 25.* Deinde lex divina & naturalis est fundata in voluntate divinitæ Majestatis. Sicut ergo voluntas divina est perpetua & immutabilis, ita quoque lex divina & naturalis est perpetua & immutabilis.

Dices. S. Pontifex potest dispensare in voto & juramento; atqui votum & juramentum sunt jura naturalis & divini, quia utrumque jus vult ejus implementum; ergo S. Pontifex potest dispensare in jure divino & naturali.

Pro solutione observa duplex esse jus divinum naturale. Quoddam ab humana voluntate ortum & ex ejus suppositione

obligans, ut votum & juramentum. Aliud vero absolutum & ex divino arbitrio derivatum.

In priori S. Pontifex recte dispensat. Non etiam in posteriori. Priorem voluntas, quæ est hominis, auferri & tolli potest, atque ita cessat obligatio voti vel juramenti; posterior vero voluntas, nempote perpetua & immutabilis tolli non potest per Pontificem. Ecce jus divinum est, ut, qui votum habet, id impleat, & hoc semper manet integrum. At aliquem habere votum, non est jus divinum, sed voluntate propria effectum, quam voluntatem S. Pontifex impedire potest; quare tunc non proprie dispensat in jure divino, sed tollit obligationis fundamentum, quam homo actui humano sibi imposuit; quo soluto evanescit jus divinum circa illud votum obligatio. *Sancti. lib. 2. disp. 24. n. 5.*

Urget. Residentia Episcoporum est juris divini positiva. Item consecratio sub utraque specie est juris divini positiva, atqui Pontifex circa residentiam Episcoporum item ut consecratio in locis, ubi est inopia vini, sub una specie fiat, potest dispensare; ergo S. Pontifex potest in jure divino dispensare, per consequens etiam in gradu prohibito de jure naturæ vel divino. Respondetur, transeat antecedens, negando consequentiam. Ratio differentiarum est quia dispensatio in priori casu non trahit secum tam malam consequentiam, quam in casu posteriori, ubi periculum hæretici frater & soror scirent se posse spem concipere futuri matrimonii, ne forte, ubi simul educantur, & nutriuntur, fornicationes admitterentur, a quibus facilis removens, si matrimonii futuri nullam sciant possibilitatem, non tam facile enim in libidinem quam pruritu exerceantur cum persona, cum qua nullam habet spem futuri matrimonio-

matrimonii. Sanchez. lib. 8. disp. 6. per tot. Ergo lib. 4. tit. 16 §. 3. u. 3.

Huc usque determinavimus in quoto gradu prohibitum sit contrahere nuptias, sequitur recta methodi ratione, quid sint nuptiæ.

- 43 Nuptiæ a nubendo dictæ sunt; olim enim moris erat, ut puellæ noviter nuptæ, pudoris gratia, se obnubarent & velarent. Ratio vero, quare obvelare se debuerint, est, ut signum subjectionis foemineo sexui unprimiretur, ac scirent, se viro esse subjectas, & discant esse humiles. Hinc dicitur, non esse sciam ex capite, ne diuina esset, vel in virum dominari temere præsumat, nec ex pedu, ne videretur famula esse: sed ex colla, ut collateralis & quasi sociæ esset mariti.

- 44 Nuptiæ, quæ alio & magis proprio nomine vocantur matrimonium, definiunt solent, quod sint maris & foemine conjunctio individuum vite consuetudinem continens. §. nuptia 1. in §. de pot. fore §.

Dixi primo, *conjunctio*. Intellige animorum non corporum; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, L. 30. §. d. R. J. cap. 14. & de sponsal. Secundo *maris & foemine*: tum ut excludatur Sodomia: tum quia in matrimonio non debet esse, nisi una mulier, & unus masculus; polygamia enim omni jure prohibita est. Tertio *individuum vite consuetudinem*; quia matrimonium semel contractu perpetuum & indissolubilis est nexus, puta quoad vinculum, quia ad thorum & mensam nonnunquam conceditur separatio, ut infra prolixius dicemus.

- 45 Dividitur matrimonium in legitimum, ratum, & consummatum.

*Legitimum* est, quod inter personas non impeditas, hoc est habiles legitime

consensu juxta legem contractum est, siue quod in solo legitimo ac naturali consensu consistit, nec Ecclesiæ habet ratificationem aut sacramentum. Quod etiam inter infideles, & sacro baptismi lavacro non unctos habetur. *Rationem* est, quod habet rationem Sacramenti, cum tamen necdum ac. esset copula carnalis, quale est post sacerdotalem benedictionem. Et de hoc procedit regula, quod nuptias non concubitus, sed consensus faciat. L. 20. §. de Rit.

*Consummatum* est, quod per concubitum & carnalem copulam præcedente legitimo consensu de præsentis completum & consummatum est.

Contrahere matrimonium possunt omnes, qui non prohibentur natura vel jure, quales sunt, qui laborant impedimento vel impediante vel dirimente, de quibus infra. Potest quis etiam matrimonium contrahere per procuratorem, ubi tamen sequentia concurrant necesse est.

Primo ut procurator habeat speciale mandatum: nec satis est generale ad omnia negotia, sed debet esse nominatum ad matrimonium.

Secundo ut sit mandatum ad contrahendum cum certa persona, L. 34. §. de rit. nupt.

Tertio, ut procurator per se ipsum exequatur; non enim potest alium substituere, nisi licentia substituendi expresse in mandato continetur. cap. fin. de procurat. u. 6. Ratio quia in his, ubi electa est industria personæ non admittitur substitutio. Quarto, ut tempore quo contrahi procurator, non sit revocata potestas, si enim contrahenti potestas revocata sit, matrimonium contractum per procuratorem nullum est, nec refert, si seiverit procurator revocationem, siue ignoraverit. d. cap. fin. de procurat.

in 6 quod ob libertatem matrimonii speciale est. *San. h. r. lib. 2. disp. 31. imm. 3. 4. & 5. Parting de matrim. sect. 3 § 4.*

47. Requisitus matrimonii sequentia absolvent.

Primo requiritur, ut contrahentes sint cives Romani; servi enim non matrimonium, sed contubernium contrahere dicuntur. *l. 3. Cod. de inst. nupt.* quod procedit de jure civili, non vero de jure Canonico. *Matu. de nupt. ad princ. n. 3.*

Secundo requiritur iusta aetas, hoc est, ut contrahentes sint puberes, id est masculi sint maiores quatuordecim, feminae vero sint maiores duodecim annis. Sane si malitia aetatem suppleat, hoc est, si ante praedictam aetatem potentia generativa polleant, de jure Canonico matrimonium contractum subsistit, quia cessat ratio inhabilitans. *29. & ult. de desponsat. impub. Engl. d. 1. n. 8.* Ratio vero quod citius pubescant foeminae, quam masculi, in aperto est, quia unversim vicio, virilia & debilia celerius a natura perficiuntur, quam fortia & nobilia. Potius putredini obnoxium citius maturescere cernis quam incorruptum. confer *Theophrast. lib. 1. & 4. de causa plantar.* Illud hic, quod supra negleximus, notum volui quod sponsalia impuberis cum pubere contracta ex parte impuberis non aliter valeant, quam si sint ratificata ab impubere, si pervenerit ad pubertatem. Pubes vero irrevocabilius obligatur. *cap. de illis 9. de despons. impub. Engl. eodem tit. n. 2. Schmid. de nupt. n. 14. Chrob. q. 3. ob. 1.*

Tertio requiritur ad matrimonium deliberatus contrahentium consensus; hic enim velut basis & fundamentum matrimonii, cum nuptias non concubitus, sed consensus faciat. Deinde matrimonium est species contractus ad omnem vero contractum requiritur consen-

sus mutuos contrahentium. *L. 1. ff. de pactis. §. 1. Inst. de empt. & vend. Harp. Inst. h. r. n. 29.* Cum vero per istum consensum contrahentes sibi invicem jus tradant in corpora sua ad usum humanae generationis, ideo haud inepte.

Quare 13. An iste consensus debeat fieri formaliter in ipsam copulam, an vero sufficiat fieri in ius exigendi copulam? Respondetur, posterius sufficere, quia per hoc quod quis consentit in ius exigendae copulam, iam impletur finis matrimonii, qui consistit in generatione prolis; licet aliquis non consentiat in ipsam copulam. Unde sua sponte sunt inter B. Virginem, & S. Iosephum verum fuisse matrimonium.

Dico. Qui ius exigendae mercis transfert in emptorem, peccat, si nolit obligationi satisfacere; ergo si B. Virgo ius exigendae copulae transfudit in S. Iosephum, licite non potuit sibi proponere, quod debuit conjugale nunquam vellet reddere. Respondetur negando consequentiam; ratio differentiae est, quia illicata Virgo aliunde scit, nempe per revelationem divinam, debitum conjugale nunquam exactum iri, ideoque licite potuit sibi proponere, quod id reddere nunquam vellet. Contra qui vendit aliquid, ille moraliter cernit est, fore, ut res vendita ab emptore erigatur, adeoque inique facit, si obligationi contra venire decernat. *Frans. lib. 1. tit. 10. p. 2. §. 4. n. 3.*

Quarto requiritur ad matrimonium consensus parentum. *princ. Inst. h. r. l. 4. ff. de R. J. & hoc adeo verum est ut nuptiae sine consensu parentum contractae sint ipso jure nullae d. text.* Quod procedit tantum de jure Civili, de jure enim Canonico, cum matrimonia debeant esse libera, & non pendere ex alieno arbitrio. *cap. primo 29. de spons. consensus parentum*

parentum non requiritur de necessitate, sed tantum de honestate. coactus enim nuptiae solent habere tristes exitus. *cap. 2. lxxv. 27. q. 2.*

Non obstat 1. *princip. lxxv. b. 1.* ubi dicitur *naturale ratio* exigit parentum consensum, ut proinde iure naturae requiri videatur. Enim verò respondetur, id procedere de honestate non de necessitate.

Non obstat 2. *praeceptum decalogi, honore, &c.* quia sequeretur, etiam matris consensum requiri, quod ipsi adversarii non admittunt. Pocerò quòd nuptiae sine consensu parentum contractae grave etiam peccatum involvere possint, praecipue in casu quòd parentes iustam deneganda consensum causam habuerunt, non ibo inficias, prout id ipsum attestatur *Engl. de desponsat. impub. n. 6. Schombog. de nups.*

Quintò requiritur ad matrimonium ut consensus in facie Ecclesiae coram parochò & duobus testibus manifestetur. Ita statuit *Concil. Trident. sess. 24. de reformat. cap. 1.* quod Concilium matrimonium clandestinum jam antehac severè prohibita, penitus irritavit, propter gravissimam inconvenientiam, quae inde nascebantur. Frequenter enim accidit, ut quis ducta clam una deinde palam ad alias nuptias provolaverit, spe fretus, fore, ut de priori matrimonio convinci nequeat, *Franc. loc. cit.*

Dices: Ecclesia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum, sed matrimonium clandestinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum; ergò Ecclesia ex eo non potuit facere non Sacramentum. Respondetur distinguendo majorem. Ecclesia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum directè, hoc est, mutando vel tollendo materiam & formam determinatam à Christo

*Non ad instaurand.*

concedo majorem; indirectè, hoc est mutando aliquid, sub directione & determinatione Ecclesiae relictum, nego majorem; sed matrimonium clandestinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum, & simul contractus fuit validus, concedo, & non fuit validus, nego minorem & consequentiam. Ecce? Christus Dominus instituit quidem contractum matrimonii pro materia Sacramenti, sed non omnem & quemcumque contractum pro materia Sacramenti instituit, sed contractum validum. Jam verò quis contractus dicendus sit validus pro Sacramento matrimonii, Christus Dominus non determinavit, sed sit determinationi Ecclesiae reliquit. Potuit itaque Ecclesia eidem certas leges statuere, illis non observatis irritare; nihil autem per hoc mutavit in ratione materiae, quae semper in contractu valido consistit, nec prius in materiam Sacramenti transit, quàm contractus sit validus. Unde etiam olim clandestinus contractus fuit materia Sacramenti, sed non quatenus clandestinus, sed quatenus tunc temporis erat validus. *Engl. de Clandest. desponsat. n. 11. Kong. num. 13. eod.*

Dixi coram Parochò. Hanc.

Quæres 14. Qualis parochus assistere debeat matrimonio? Respondetur proprium parochum requiri, qualis ille dicitur, in cujus parochia vel ambo contrahentes, vel unus tantum ex contrahentibus habet domicilium vel quasi domicilium. Ubi

Nota, quòd quis dicatur in eo loco verum domicilium habere, in quem bona & res suas collocavit, animo ibi perpetuò commorandi, ly tamen *perpetuè* in sensu accomodo accipitur, necesse est, ut denotet non aliquam aeternitatem, sed propositum in loco aliquo per longum tempus, puta, decem annorum permanendi.



permanendi L. 2. Cod. de incolis.

Quasi domicilium dicitur quis habere in illo loco, in quo quis per maiorem anni partem permanendi propositum habet. *Engl. de foro competent. §. 1. n. 7. Sanchez l. 3. disp. 23. num. 2. Et seqq.* Itaque ille proprius parochus est, ubi quis habet vel verum, vel quasi domicilium, & quando sponsus & sponsa sunt ex diversa parochia, ad valorem matrimonii sufficit, si assistat proprius parochus alterutrius, puta, sponsi vel sponsae. Nec refert, an proprius parochus intra vel extra parochiam, aut in aliqua eorum dioecesi assistat, in posteriori tamen casu licentiam ordinarii necessariam esse docet *Purburg ad decrees. §. 9. de Clandest. despons.* Ex dictis sequitur studiorum Viennensium proprium esse Viennensem parochum, nec licere ipsis cum aliqua ad pagum vicinum excurrere, & ibi sine licentia proprii parochi copulari. Imò parochus sine licentia proprii parochi conjungens suspenditur ipso facto, donec ab ordinario parochi contrahentium absolvatur. *Trident. sess. 24. de reforma. Matr. cap. 1. Zoes. de Clandest. despons. n. 3.*

Vagi, qui nullibi constanter habitant, sed incerto late vagantur, coram quolibet Parocho recte junguntur, iuramentum tamen ipsis deferri solet, quod nullò impedimento canonico, vel alio matrimonio obligati sint. *Engl. d. t. n. 13 Trident. c. 7.*

Effectus matrimonii plures occurrunt.

Primo obligat ad reddendum debitum conjugale; quae tamen obligatio dentum post duos menses incipit. *cap. 7. de convers. conjugat.*

Secundo obligat matrimonium ad corpus alteri tradendum.

Tertio ad individuum vitae consuetu-

dinem. Et quarto ad cohabitandum.

Planè quandoque obligatio cohabitandi cessat, puta, si iusta causa intercedat, propter quam peti potest quoad thorum & mensam separatio. Quas causas lubet in ordine recensere.

Prima causa petendi separationem, quoad thorum & mensam est adulterium; siquidem obligatio cohabitandi hanc tacitam conditionem imbibit, nisi fides conjugalis violata fuerit. Si ergo violata fuerit, pars innocens separationem quoad thorum & mensam iuste petit. *Cap. 4. de adulteris.*

Quaeres 15. An propter adulterium non solvatur matrimonium etiam quoad vinculum?

Si heterodoxos consulas, pleno agmine in affirmativam ruunt, ut videre est apud *Harp. §. 11. Inp. h. t. Schneid. nauv. 32. h. t. de divorc. Hun. var. resol. pag. 302. Bachov. ad Treult. vol. 2. disp. 9. ib. §.*

Item de jure civili affirmativa sine altercatione procedit per L. 8. cod. de repudi. Ubi aperte sancitur, virum propter adulterium uxoris lucrari dotem, & si velit, posse statim aliam ducere. Verum

De Jure Canonico Negativa adeo certa est, & communis, ut nullus sit, qui dissentiat; imò Concilium Tridentinum contrariam sententiam anathemate damnavit. *sess. 24. cap. 7.*

Probat hanc sententiam 1. ex textu *Luc. 16. vers. 18.* ubi generaliter dicitur omnem, quicumque dimiserit uxorem suam, & aliam duxerit, machari, sive adulterium committere.

Secundo ex Apostolo Paulo 1. ad Corinth. 7. his verbis: *His autem, qui matrimonio juncti sunt, precipio non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere: quoniam si discesseris, manere inruptam, aut viro*

*utro suo reconciliari. Etenim in prioribus verbis, ubi Apostolus dicit: principio a viro non discedere, loquitur de discessu injusto, hoc est prohibet iis, qui matrimonio iuncti sunt, ab invicem discedere. In posterioribus verbis autem loquitur de discessu iusto, descendente à causa iusta v. g. fornicationis. Quod autem loquatur de discessu iusto in posterioribus verbis, patet exinde, quia uxori optionem dat, an velit innupta manere, an viro reconciliari, quæ optionem dare non potuisset, si de discessu injusto loqueretur. Jubere enim simpliciter debuisse, ut uxor ad vium rediret. *Engl. de divorc. §. 2. num. 8.**

Tertio, ex fortissimo textu *Lucæ cap. 16. vers. 18. Marcæ 10. vers. 11. 12.* ubi generaliter dicitur, *qui dimittit uxorem, & alteram ducit, machatur, & qui dimissam à viro ducit, etiam machatur.*

Non obstat textus *Matthæi 5. vers. 32.* ubi heterodoxi Achillem ponunt, his verbis: *Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, & aliam duxerit, machatur.* Ergo à contrario inferunt, qui propter causam fornicationis uxorem dimittit, & aliam ducit non machatur. In textu mirificè exultant heterodoxi, sed sine causa. Siquidem responderetur textum in hunc modum interpretandum esse, ut illa exceptio de fornicatione uxoris referatur tantum ad verba præcedentia, ut scilicet liceat dimittere uxorem, nisi ob causam fornicationis, non autem ad verba subsequenter.

Non advertatur, si dicas, ex nostra explicatione sequi, non nisi unicam causam, puta fornicationis, olim fuisse ad separationem, atqui sunt plures causæ, ergo. Respondetur enim, reliquas causas à SS. Pontificibus inductas esse. *Engl.*

*n. 10. d. loc. Sebani. de part. potest. §. 1.*

Hactenus ergo vidimus propter adulterium à parte innocentis separationem peti posse; sunt tamen aliqui casus, in quibus propter adulterium separatio non conceditur.

Primus est, si pars innocens pari seque crimine obstinaverit, tunc enim delicta mutua compensationis tolluntur, *cap. ult. de adult.*

Secundus est, si maritus uxori causam adulterii dederit, ipsam pro mercede proliuendo vel non prohibendo, cum potuisset, vel denique denegando debitum conjugale. *cap. 14. caus. 24. q. 2.*

Tertius est, si conjux probabiliter crediderit, alterum conjugem decessisse, & alii nupserit *l. 7. Cod. de repud.* Quod si vero certiorata de vita mariti persistit in secundo conjugio debitum reddendo ac petendo, adulterii ream se reddit, cessat enim causa ignorantie. *Engl. de divorc. n. 27.* Et si contingat post nuptias cum secundo contractis priorem maritum, quem uxor credidit decessisse, reverti, tenetur relicto posteriori ad priorem redire. *2. res. ad decret. de secund. nupt. n. ult.*

Quartus est, si mulier vi compressa fuerit. *l. 39. ff. leg. ad Jul. de adult.*

Quintus est, si quis uxorem accesserit, simulans se esse maritum, cui uxor bona fide, nil mali cogitans, credidit. *cap. 6. caus. 34. q. 2.*

Sextus, si innocens pars conjugii delictum condonaverit, vel expresse vel tacite, puta petendo vel reddendo debitum conjugale. *A. g. l. 1. §. 5. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Secunda causa, ob quam potest peti separatio quoad thorum & mensam, est hæresis, si alter conjugum hæresin amplectatur, ac aliquoties multis errorem

dimittere recuset, tunc enim pars innocens à parte nocente separationem rectè petit ob periculum, ne ipsa, vel soboles seducatur. *Angl. loc. cit. num. 20. Sanchez lib. 20. disp. 14. num. 18.*

Tertia causa est iniuria, puta, si unus conjugum alteri gladio aut veneno insidietur, aut atrocior verbera inferat, aut denique aliud grave malum faciat, nemo enim presumitur cum tanto suo damno se ad cohabitationem obligare voluisse: Sanè levis verbera petulantibus feminis subinde inferre mariti possent, *cap. quæst. 2. modum x. de Jur. Jur.* imò talia verbera nonnunquam salutaria sunt.

Quarta causa est incitatio ad peccatum, si maritus vel et uxorem prostitueret, & lenocinium exerceret, si homines impudicos in domum introducat, vel uxorem ad patranda homicidia incitet.

Quinta causa est spirituale bonum, puta, si uterque conjugum, vel unus saltem consentiente altero religionem velit ingredi. Per talem enim ingressum matrimonium prius contractum dissolvitur, adhuc tamen distinctione inter matrimonium ratum & consummatum. Nam ratum etiam quoad vinculum dissolvitur, ita ut remansens in seculo ad secundas nuptias transire possit, sed tunc primum ubi ingressus professionem fecit, *cap. 2. Et 7. de convors. conjugat.* matrimonium verò consummatum solummodo quoad cohabitationem, id est, quoad thorum & mensam dissolvitur, sicut per divortium *cap. 4. Et 3. rad.* Ratio differentie est, quia matrimonium ratum solummodo significat *Conjunctiorem Christi cum anima fidelis per gratiam*, quæ conjunctio in melius mutari potest.

Contrà verò matrimonium consummatum significat *coniunctionem Christi cum Ecclesia*, quæ conjunctio indissolubilis est.

Sexta causa est morbus contagiosus v. g. lepra, lues gallica, pestis &c. quia naturalis ratio dicat, ne matrimonii obligatio eò usque extendatur, ut cum tanto periculo valetudinis ad cohabitationem solertem adstringat. *cap. 2. de conjug. leprosi.* Quod si periculum morbi cesset, reintegrandum erit matrimonium *Pranz. n. 11.* Vidimus quomodo matrimonia dissolvantur quoad thorum & mensam: sequitur quomodo dissolvantur quoad vinculum, ubi quatuor casus reperiuntur. Primus est, si alter ex conjugibus decedat. *Rom. 2. Et 3.* Mors enim omnia solvit. *Nov. 22. cap. 20.* Secundus si alter conjugum infidelium convertatur ad fidem, & is, qui manet infidelis, vel omninò nolit cohabitationem fidei, vel non nisi cum gravi scandalo; tunc enim favore fidei permittitur fidei ad aliud matrimonium decurrere. *1. ad Corinth. 7. vers. 15. cap. 7. Et 8. de divorc.* Tertius si alter conjugum ante consummatum matrimonium incitet religionem, & in ea proficiatur. *cap. 7. de convors. conjugat.* Quartus si S. Pontifex ex iusta causa dispense in matrimonio rato tantum, licentiamque, prout potest, dederit ad alium matrimonium decurrendi. *Pranz. loc. cit. n. 12.*

Tandem sequitur de impedimentis, quæ sunt duorum generum. Impedimenta, & dirimentia.

*Impedimenta impedientia* dicuntur, quæ nuptias reddunt illicitas, non tamen invalidas: Sive quæ quidem ab initio prohibent matrimonium contrahendi, de facto tamen contractum non declarant nullum. Hæc pertinet regula, quod multa prohibeant fieri, facta tamen tenent. *cap. 16. x. de Regularib.*

*Impedimenta dirimentia* sunt, quæ nuptias non tantum reddunt illicitas, sed etiam invalidas: Sive quæ non tantum prohibent

prohibent matrimonium contrahendi, sed etiam de facto contractum nullum declarant, & invalidant. Impedimenta impedientia hisce versiculis continentur.

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriarum,

Atque catechismus, sponsalia, junctio votum,

Incestus, captus, sponsatus mors mulieris,

Susceptus propriæ sobolis, mors presbyterialis,

Aut si pœniteat solemniter, aut monalem

Accipiat, prohibent hæc conjugium sociandum.

Pleraque ex illis impedimentis exstiterunt; dicamus tamen, quid unum alterumve sit, quæ adhuc vigent, quorum quatuor occurrunt.

Primum impedimentum impediens est Ecclesiæ vetitum, quando videlicet Episcopus vel Parochus aliquibus prohibet, ne matrimonium contrahant, donec plenius fuerit inquisitum super causa, quæ subesse videtur. Hæc prohibitione non obstante matrimonium tamen contractum tener, contrahentes verò pendente inquisitione quoad thorum & mensam separari, ac condignâ poenâ affici possunt. *cap. 1. Et 2. x. de matrimon. contrah. cont. interd. eccl. Sandoz. lib. 7. disp. 6. n. 6. Zaf. ad decre. d. 1. Et Engl. de sponsalib. n. 4. §. 3.*

Secundum impedimentum impediens est tempus feriarum, quale est illud, quo solennes nuptiæ interdiciuntur. Et olim fuerunt diversi tempora, quibus matrimonium contrahere prohibitum est. Hodie post Concilium Tridentinum non licet celebrare nuptias à Dominica prima Adventus usque ad Festum Epiphaniæ, & à die Cinerum inclusivè usque ad octavam Paschæ. *Trident. Sess.*

*22. cap. 10. de Reformat. Matrimon.* Sanè si iusta & revelans causa subsit, cum licentia Episcopi etiam præter tempus feriarum matrimonium eo trahi, modo id fiat sine publica poenâ & scandalo. *Engl. de matrimon. contrah. cont. interd. eccl. n. 4. Zaf. n. 4. d. 1.*

Tertium impedimentum impediens est catechismus, quo nomine venit instructio fidei, quæ olim patrini novitæ baptizandum imbuerunt, & sic quasi spiritali cognationem contraxerunt, quæ posuit impedimentum impediens. *cap. ante baptismum dist. 4. de consecrat. cap. 2. de cognat. spirit. in 6. Hoc impedimentum exolevit, vide Sanchez. lib. 7. disp. 10.*

Quantum impedimentum impediens sunt sponsalia, de quibus supra, ubi diximus, quod si sponsalia de futuro solvantur per sponsalia de presenti seu matrimonium; quod quidem matrimonium esse validum, sed non licitum, imò graviter peccari, si contra prima sponsalia contrahatur matrimonium, docet *Gonzalez in cap. 22. de sponsal.*

Quintum impedimentum impediens est votum, puta simplex v. g. castitatis, ingrediendi religionem, suscipiendi sacros ordines, celibatus, &c. *cap. m. de vot. Et voti radempt. Romig. ad decret. tit. 16. n. 6.*

Reliqua impedimenta impediens in desuetudinem abierunt, adeoque, quæ in usu non sunt, attendi non debent, ea tamen videre possis apud *Clariss. P. Romig. d. lo. qui idem tit. 1. n. 127.* docet consuetudine receptum esse, quod Episcopus in his impedimentis dispensare possit, licet regulariter inferior non dispense in lege superioris.

Impedimenta dirimentia his versiculis potius canit.

Error, conditio, votum, cognatio  
crimen, L 3



talem faciet matrimonium nullum. E-  
nim vero. Respondetur primò à contra-  
ctibus ad matrimonium quoad reser-  
vationem legitimum argumentum non du-  
ci; quoniam reseructio contractus non est  
licandalosa, sicuti matrimonium. *Engl. tit. 1.  
de spons. §. 4. n. 4.* Respondetur secun-  
dò quòd dolus dans causam contractui  
etiam non faciat contractum nullum,  
si decipiat circa qualitatem accidentalem;  
prout in *lib. 3.* Deo dante audiemus.

Porro tamen si regulariter error acci-  
dentalis non ponat impedimentum diri-  
mens,

Fallit tamen primò, si qualitas acci-  
dentalis, circa quam erratur, expresse  
apponatur per modum conditionis, ita,  
ut omnem in hanc conditionem consen-  
sum suspendat, & ejus intuitu in matri-  
monium consentiat, expresse asserens,  
se non consenturum, nisi talis conditio  
subsit, v. g. duco te, si dives es. Quo  
in casu conditio deficiens ponit impedi-  
mentum dirimens, quia deficiente con-  
ditione, defecit consensus, qui essentia-  
liter ad matrimonium requiritur, *Engl.  
d. lib. 2. Purrbing. de sponsal. sect. 6. §. 3.  
Zosf. ad decret. de conpug. serv. n. 9. Ko-  
nig. cod. tit. n. 15. Saubert. lib. 7. disp. 18.  
n. 25.*

16 Fallit secundò, si error qualitatis re-  
dundet in errorem personæ, v. g. si vo-  
lens contrahere cum primogenita Titii,  
contrahat cum secundo genito; vel si  
volens contrahere cum filia pulchra Ti-  
tii, contrahat cum altera filia defurmi.  
quia non tam censetur habere respectum  
ad qualitatem pulchritudinis, quam ad  
modum distinguendi, hoc est, ut per  
illam qualitatem declares, in quam  
personam consentiet, *ad. ant.*

Secundum impedimentum dirimens  
17 est conditio, sicuti enim omnes contra-  
ctus non tantum purè, sed etiam con-

dicionatè iniiri possunt, ita quoque spon-  
salia, & matrimonium sub conditione  
rectè contrahuntur. *Engl. tit. 4. lib. 5.*  
ubi tamen

Observa, quod conditio alia sit pos-  
sibilis, alia vero impossibilis. Conditio  
possibilis est, cui non repugnat existe-  
re; ut si dicam: duco te si mille in do-  
tem dederis. Conditio impossibilis, vel  
est talis naturà, vel jure.

Conditio naturà impossibilis dicitur,  
cujus eventus repugnat naturæ, v. g.  
si cælum d'gitò tetigeris, si vulpense-  
rem in dotem dederis.

Jure impossibilis conditio dicitur, quæ  
repugnat honestati vel bonis morib.:  
v. g. si patri tuo venenum propinaveris.  
Sub conditione possibili, quin matrimo-  
nium contrahi possit, nullus est, qui  
rapiat in controversiam, illaque clarè de-  
cissum est, in *cap. 3. de condit. appo-  
sit.* Sed

Quæres 16. quid juris, si conditio im-  
possibilis matrimonio adiciatur?

Antequam quæstionem resolvam  
sciendum est, quòd conditio impossibi-  
lis sive naturà, sive jure contractibus  
adjecta viciet quemlibet contractum,  
quasi censentur partes non habuisse ani-  
mum contrahendi. *L. 31 ff. de O. & A.*  
Modus autem impossibilis contractum  
non vitiat, sed vitatur & pro non ad-  
jecto habetur; v. g. dono tili equum,  
ut cælum ascendas, ut hæreticus fias.  
*Zosf. ff. de condit. & demonst.* Pariter  
conditio impossibilis sive naturà, sive  
lege in testamentis & ultimis voluntati-  
bus habetur pro non adjecta, & vitatur,  
non vitatur; ratio, quia sacrosancti rei-  
publicæ testatoris voluntatem habere o-  
portet. *§. impossibilis luff. de hered. luff.*  
Jura his posita

Respondetur, distinguendum esse,  
an conditio impossibilis matrimonio ad-  
jecta

jecta repugnet substantiæ matrimonii, vel aliunde turpis sit, & impossibilis. Si conditio impossibilis repugnat substantiæ matrimonii, tunc matrimonium sub ea contractum est ipso jure nullum. *Cep. fœ. x. de condition.* Substantiæ autem matrimonii repugnare dicitur illa conditio, quæ adversatur vel bono prolis, vel bono fidei, vel bono Sacramenti.

Bono prolis repugnat hæc conditio: duco te, si generationem prolis evitaveris, si venena sterilitatis sumpseris. Bono fidei adversatur sequens conditio: si te adulterandam dederis pro quaestu. Bono Sacramenti denique refragatur hæc conditio: duco te, donec aliam inveniero.

Si conditio aliunde turpis est, vel impossibilis, hoc est si non repugnat substantiæ matrimonii, tunc vitatur, non vitiat, & habetur pro non adjecta: v. g. duco te, si furta feceris, si patri tuo venenum propinaveris. *d. cep. fœ. x. de condit. Franz. Inst. b. t. n. 15. Zoj. ad decret. de condit. apposit. n. 1. & 2. Rang. d. tit. 23.*

18 Quæres 17. an talis conditio, si mecum in perpetua castitate vixeris, matrimonio adjecta valeat? Respondetur interesse, an per talem conditionem partes etiam jus exigendi copulam tollere velint, & talis conditio non valebit, quia ut supra ostendimus, consensus in jus exigendi copulam est de substantia matrimonii, cujus finis est generatio humanæ prolis; & nisi talis consensus ad matrimonium diceretur necessarius, inter fratrem & sororem dici posset matrimonium, quod absurdum foret.

An vero per talem conditionem jus exigendi copulam non velint tollere, & talis conditio valebit, licet matrimonium nunquam deducitur ad executionem; ratio, quia executio non est necessaria

ad matrimonium, sed jus exigendi executionem. *Ching. q. 16. b. t. Sanchez. l. 5. disp. 10. n. 7. fursi Zoj. ad decret. de condit. apposit. n. 6. Schenb. de imp. pag. 5.*

Porro cum matrimonio non tantum aliquid adjici possit per modum conditionis, sed etiam ut modus, vel demonstratio, vel ut causa; ideo accurata lance trutinandum, quomodo ista inter se differant, quod ipsum fortassis multi ignorant.

Conditio dicitur adjecta negotio alii, quando aliquid adjicitur suspendens contractum, sive quando partes ante illius eventum obligari non volunt, & plerumque exprimitur per particulam, si: v. g. duco te, si mille in decem dederis.

Modus dicatur adjectus alicui negotio, quando partes aliquem volunt præter principalem obligationem adhuc alia obligatione onerare, & regulariter exprimitur per particulam ut: v. g. duco te, ut mercimonia mecum trahes. En! præter obligationem matrimonii inducitur adhuc alia obligatio, puta, mercimonia tractandi. Itaque si dubites, an conditio, an modus sit, observa, an tale aliquid adjiciatur, ut partes ante existentiam adjecti non velint esse obligatæ, & erit conditio: an verò voluerint esse obligatæ, & erit modus.

Demonstratio dicitur adjecta, quando exprimitur aliqua qualitas, quæ est in aliqua persona, v. g. duco te, quæ dives es, &c.

Causa demum dicitur adjecta, quando denotatur ratio, quare negotium perficitur: v. g. duco te, quia pulchra, quia dives es; ita more suo eruditè *Engl. loc. cit. n. 3*

Modus, demonstratio, & causa, sive possibiles sint sive impossibiles, matrimonium

nium non vitiant, sed vitiantur & habentur pro non adjectis, quia per adjectionem talis causæ, modi, aut demonstrationis non tollitur consensus in principalem obligationem *Perrhug. ad decret. loc. cit. §. 5. Engl. n. 20. loc. cit. Zoef. n. 16. loc. cit. König. n. 28.*

Cæterum cum hodie post Concilium Tridentinum matrimonium coram parrocho, & testibus contrahi debeat, & aliis utpotè clandestinum non valeat, inaudtum ferè est, sub coniunctione, modo, causa vel demonstratione matrimonii contrahi.

60 Tertium impedimentum dirimens est votum, quod nihil est aliud, quàm promissio deliberata Deo facta de meliori bono.

Votum aliud est solemne, aliud simplex. Illud est, quod in religione ab ecclesiis approbata emittitur, vel sacris ordinibus clericalibus maioribus annexum est. Simplex est, quod extra religionem absque sacris ordinibus emittitur. Tale votum est votum castitatis, ingrediendi religionem, vivendi in coenobatu.

Votum solemne ponit impedimentum dirimens matrimonii *Concil. Trident. Sess. 24. cap. 9. idem statuit cap. un. de vot. redempt. m. 6.* Votum simplex ponit duntaxat impedimentum impediens, non dirimens *d. cap. un.* Ratio non est alia differentiarum, quam quòd inter impedimenta dirimentia votum simplex non enumeratur, quæ cum odiosis sint, restringi debent *Perrhug. t. 1. c. 6. lib. 4. §. 2.* ubi dicit, licet votum solemne & simplex in parte & natura rei non differant, differunt tamen ex ecclesiæ constitutione, voto enim solemni annexum est impedimentum dirimens, simplici non *etiam d. cap. un.* Advertis modò, quòd dissolutio matrimonii ob votum non defendat ex iure divino, sed ex iure posi-

*Jes. ad Institut.*

tivo ecclesiastico, quia aliud votum etiam simplex poneret impedimentum dirimens, quoniam quoad Deum non minùs obligat votum simplex, quàm votum solemne *cap. 6. §. 2. Qui Clerici vel voventes Eng. Zoef. ad decret. lib. 3. tit. 6. n. 7. König. cod. tit. n. 12. Sanchez. lib. 7. disp. 26.*

Id adhuc observa, quòd is, qui post votum simplex cessit ad matrimonium contrahit, debitum conjugale ante obtentam dispensationem nunquam possit petere, sed tantum reddere. Quis quatenus à vovente observari potest, tenetur observare. Reddere utem tenetur, ne per suum votum alteri præjudicet. Secus est, si quis votum ingrediendi Religionem, suscipiendi sacros ordines, vivendi in celibatu emisit, & desuper matrimonium contraxerit, talis enim & petere, & reddere potest debitum conjugale, quis necdum casualitatem actû promissit. *Sánchez. lib. 9. disp. 33 n. 9. Engl. de Clericis qui voventes, c. 1. n. 3.*

Quartum impedimentum dirimens est cognatio. Quæ triplex est, cognatio naturalis, Spiritualis, & Legalis.

Quid sit cognatio naturalis, sive consanguinitas, quomodò ejus gradus computentur, & quo usque constituat impedimentum dirimens, dictum satis est supra de computatione graduum, ubi vide.

Cognatio spiritualis est propinquitas orta ex Baptismo, Confirmatione. Hodie ista cognatio duntaxat ponit impedimentum dirimens, non nisi inter baptizantem vel confirmantem baptizatum vel confirmatum, ac ejus parentes, nec non inter patrimum, baptizatum, vel confirmatum ac ejus parentes. Ita *Concil. Trident. Sess. 24. cap. 2. de Reform. matrim. ut eccle. Titus baptizat Cajum, & officio patriniornis fungitur Semprom-*

*M*

*nus*



nus & Mævia. Hoc in casu Titius contrahit cognationem spirituales cum Cajo, & hujus parentibus. Sempronius vero & Mævia contrahunt cum Cajo-baptizato, nec non cum ejus parentibus cognationem spirituales. Idque explicatur his versiculis:

Baptizans, baptizatus, baptizativæ parentes.

Levans, levatus, levaticque parentes, Unde

Sequitur 1. Baptizatum vel ipsius patrem hodie non impediri contrahere matrimonium cum uxore levantis, aut baptizatis; quando quidem cognatio spiritualis personas prænominatas non egreditur, hoc ante concilium Tridentinum fecus fuerit *cap. Martinus de cognat. spirit.*

Sequitur 2. Pari ratione si vir & femina simul infantem ex sacro fonte levant, eos nullam inter se contrahere cognationem, ac propterea sine peccato aut impedimento usus matrimonialis maritum & uxorem posse simul suscipere infantem. *Sanchez, lib. 7. disp. 59. n. 5. fecus olim. cap. fin. caus. 30 q. 4.*

Sequitur 3. Etiam inter baptizantem & levantem nullum nasci impedimentum, cum & de his Concilium Tridentinum nullam mentionem faciat.

Sequitur 4. Nec inter baptizatum & filiam baptizantis aut levantis ullam contrahi cognationem, ex dicta ratione: fecus olim *Cap. 3. & cap. fin. de cognat. spirit. Konig, d. 2. n. 6. 7. & 8. Zoff. cod. n. 4.*

Quæres 18. Quis contrahat cognationem spirituales - si patruus non ipse lever sed ejus nomine procuratorem mittat? Respondetur juxta consuetudinem, & declarationem Cardinalium contrahi ab ipso principali; quod enim quis per alium facit, per se ipsam fecisse intelligi-

tur: ceterum abstrahendo à consuetudine vel declaratione Car. 4. saltem probabiliter in rigore juris defendi potest, cognationem spirituales nec ab ipso principali, nec a procuratore contrahi. Non à procuratore, quia levat auct. nomine, atque ideo non habet intentionem contrahendi cognationem spirituales. Non à principali, quia actu non tetigit infantem, qui tamen contractus physicus necessarius requiritur. *Caus. 30. q. 1. 2. 3. & 4. vide Konig. pulchri hac de re disserventem loc. cit.*

Eadem quæ hæcenus dicta sunt, procedunt etiam in baptismo ex necessitate facto. *Parryus, d. 1. §. 7. Exel. cod. n. 7.*

Fallit tamen in patre, qui in necessitate baptizans non contrahit cognationem spirituales, ne alias citra culpam petitione debiti conjugalis privetur. *König, n. 21.*

Cognatio legalis est vinculum civile & ex adoptione resultans. Hæc cognatio ponit etiam impedimentum dirimens, non de jure nature, vel divino, sed tantum ecclesiastico. *König, de cognat. legali, n. 12* Et quidem de jure canonico non reperitur alia prohibitio expressa, quam inter adoptantem & adoptatam. Item inter filiam adoptantis naturalem, & filium adoptivum. *Cap. 1. caus. 30. q. 3. c. un. Extr. de cognat. legali.* De jure vero civili laetior est hujus impedimenti extensio, eamque sequitur jus canonicum *arg. cap. 1. de nov. op. nuntiat.* ubi jus canonicum non designatur constitutiones civiles clares sequi.

Notandum tamen est, non ex qualibet adoptione confurgere impedimentum dirimens, sed duntaxat illa, quæ patriam potestatem inducit, quæ est, quæ ab ascendente facta est, vel arrogatio, de quibus tit. sequenti. Interea sit

Conclusio prima, inter eos, qui per adoptionem sibi loco parentum & libe-

rorum

forum esse ceperunt, non durante tantum, sed etiam finita arrogatione, non posse consistere matrimonium usque in infinitum, quia cognatio legalis imitatur naturalem L. 15 §. 1. *de ritu. nup. Pothing. de cognat. leg. §. 3.*

Conclusio secunda. In linea collateralis, sive, inter eos qui fratrum & sororum locum obtinent, eo usque se extendit impedimentum, quousque patria potestas, proinde inter adoptatum, & filium naturalem adoptatis matrimonium consistere non potest durante adoptione & patria potestate: quod si vel per mortem vel emancipationem cesset adoptio, & patria potestas, inter eos matrimonium valide contrahitur. *Cop. 100 de cognat. leg. §. 2. Inst. b. t. l. 17. §. de ritu nup. Engl. de cognat. legal. n. 5.*

Conclusio tertia. Cognatio legalis dirimit matrimonium inter eos contractum, qui se habent invicem per modum affinitatis: sic inter adoptatum, & uxorem adoptantis ex una parte, & inter adoptantem & uxorem adoptari ex altera parte matrimonium non subsistit, etiam si adoptio per mortem adoptantis aut emancipationem adoptati cessaverit L. 14 §. *de ritu nup. Pothing. §. 3 loc. cit.* Honestius tamen est, abstinere ab his nuptiis *Zoef. v. 5. Extr. de cognat. legalis.*

Conclusio quarta. Inter ipsos adoptatos ab eodem patre matrimonium non est prohibitum Unde aliqui probabiliter ducunt, posse filium adoptatum ducere filiam adoptivam Ratio quia nullus textus est, qui tale matrimonium prohibeat, adeoque erubescimus sine lege loqui *Engl. n. 5.*

Conclusio quinta. Tamen si unio prohibeatur, de *Equil. Insti. oder Erb. Fein aderung.* sit species ad optinuis, ejusdemque solemnitates requiratur *Gual. lib. 3 obs. 125. n. 6. §. 7.* Exinde tamen non nasci im-

pedimentum dirimens variis obdinet, Impedimenta enim dirimentia, utpote odiosa, restringenda sunt, *Kenig. de cognat. legali n. 10.*

Quintum impedimentum dirimens C3 est crimen, puta adulterii vel conjugicidii.

Crimen itaque adulterii ponit impedimentum dirimens, adeoque si quis durante legitimo committat adulterium, ac si eodem insuper det de matrimonio post mortem conjugis contrahendo, vel etiam de facto nuptias per verba de presenti utentur, contrahit impedimentum criminis, quod est impedimentum dirimens, & facit, ut nunquam inter tales adulterea matrimonium valere possit. *Cop. 3. cap. 6 de eo, qui dixit in matrimonium, quia potest per adulterium.*

Ut hoc impedimentum confurgat, requiritur primum, ut ex utraque parte interveniat formale adulterium C. p. 1. d. 2. Secundò ut præter adulterium vel matrimonium promittatur, vel superfluo conjugis defuncto attentetur fortè per machinationem in mortem conjugis *Cop. pen. eod.* Tercio ut promissio ab altera parte acceptetur, verba enim cum effectu accipienda sunt; promissio autem non acceptata est nuda pollicitio *l. 129. §. de donat.* Quartò, ut promissio sit iura, hoc est in nullum eventum suspensiva: vel saltem ut ante mortem conjugis fuerit purificata, ut scilicet præbeantur occasio mortis occasionem, *Pothing. d. 1. §. 2. Sanchez. lib. 7. disp. 79.*

Ex dictis sequitur, si durante matrimonio uxor promittat alicui matrimonium, si maritus mortuus fuerit non confurgere impedimentum dirimens, tamen si iura talis promissio etiam inducat votum contrahendæ mortis, impedimenta tamen matrimonii dirimentia, cum odiosa sint, ultra casus expressos extendenda non sunt,

& consequenter sola promissio sine adulterio ad tale impedimentum constituendum non sufficit. *Peribuz l. c. cit. §. 1. Engl. d. r. Konig n. 11. §. 12.*

Crimen conjugium contrahitur: si quis conjugem, intentione matrimonii cum determinata persona merendi, interficiat. *Cup. 6. §. de eo qui duxit in matrimonium. Et c.* Ut hoc impedimentum constet, requiritur 1. ut conjux occidatur, hinc machinatio sine effectu, & actuali occisione conjugis non sufficit, quia in materia pccnali & odiosa verba strictè & cum effectu accipienda sunt. *cap. Si quis. Cens. 31. q. 1.* Secundò, ut occidatur cum intentione contrahendi matrimonium cum superstite conjuge, hinc conjugicidium, quod ex rixa vel illata injuria confurgit, non ponit impedimentum dirimens. *Sanchez. lib. 7. disp. 78.* Tertiò ut occidatur communi partium consensu. *cap. 1. de conversis infid. cap. de eo, qui duxit in matrimonium, Et c.* Hinc si facto unius tantum periretur conjugicidium non aliter hoc impedimentum inducitur, quàm si occidat adulterium. *cap. 3. §. 6. eod. Frantz. Inst. b. r. num. 13. Konig. cit. n. 9.*

64. Sextum impedimentum dirimens est, *culum disparitatem*, si enim fidelis contrahat cum infideli, matrimonium non tenet, quia postquam Christus matrimonium elevavit ad naturam Sacramenti, non potest a fidei amplius contrahi quàm characteri Sacramenti sit signatus; atqui infidelis, ut potè qui Sacramenti recipiendi incapax est, ita signati non potest: ergo. Deinde Apostolus 2. ad Corinth. 6. edixit: *Nolite jugum ducere cum infidelibus.*

Dices: valet matrimonium Catholici cum hæretico; *Ergo etiam fidelis cum infideli.* Responderetur negando consequentiam, quia in hæretico character Sa-

cramenti locum habet, cum illi baptis- mum habent, non etiam infideles. *Chluzensserg. p. 31. ob. 1. de nup. l. r. Sanchez. lib. 7. disp. 72. n. 9. Et commun. omnes.*

Septimum impedimentum dirimens est *ter seu metus*. Ubi

Obiicitur: quod vis in eo à metu quidem differat, quod vis sit corporalis coactio de presenti alicui illata. Metus autem sit instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio; cum tamen neque per vim, quàm per metum alicui tollatur libertas consensus: Ideo quod de metu dicitur, idem de vi ceteris paribus intelligendum erit.

Metus dividitur 1. in gravem & le- vem. Metus gravis dicitur, qui cadit in virum constantem, sive quo malum timetur, quod etiam viru cordato & constanti videtur formidabile. Talis est metus mortis, carceris, mutilationis, servitutis, atrocium verborum, exilii, &c. Metus levis est, qui cadit in hominem inconstantem, v. g. si minor majori minaretur verbera. Sane num metus gravis, num levis dicendus sit, discreti judicii arbitrio relinquendum est, qui ex qualitate personarum metum deterrinare debet, metus enim in femina, vel puero gravis esse poterit, qui respectu viri constantis levis est.

Dividitur 2. in justum & injustum. Metus justus est, cui quis per suam propriam improbitatem causam dedit, talis est, qui flagitium commisit, & timorem accusationis, carceris, torture, vel poenæ contrahit. Sic etiam metus justus erit, si quis metu incurrendæ censuræ Ecclesiasticæ matrimonium contrahat. Injustus est, qui integro vitæ, & scelerisque puro insertur. His positis, sequitur

Afferuo prima. Metus justus, sive gravis, sive levis ille sit, matrimonium non reddit nullum. Ratio, quia idem

matrimonium ob metum initum nullum est, ne contrahenti, ex metu fiat iustus, atque ille, qui metum patitur, cui improbitate propria culpam dedit, iram non sustinet; Ergò, Sanchez. 4. d. c. 12. n. 3.

Aferio secunda. Metus levis etiam non dirimit Matrimonium, quia non tollit liberam voluntatem, adeoque etiam metum debet homo cordatus continere, quod si non fecerit, sibi & re verociter imputet.

Aferio tertia, metus gravis & iniustus, inculsus dirimit matrimonium cap. 4. cap. 15. cap. 28. de sponsal. & cap. 2. de eo, qui duxit in viam uxorem, quam suam per adulter non. Ratio quia tollitur veritas per metum. Kung. d. t. pag. 2. 25.

Dices: Matrimonium dolo initum non est ipso iure nullum, saltem si dolo versetur circa qualitatem accidentalem, ergò neque metu initum. Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam; disparitas est, quia violentia passim inferitur, in quam homines non sunt ita proclives, sicut in dolo, qui etiam plerumque committuntur. Hinc non expediebat matrimonium dolo initum ipso iure esse irritum, futurum enim est, ut plurima conjugia communi omnium opinione valida, dolo, post tempus detecto, cum ingenti perturbatione publicæ & damno liberorum declarari deberent irrita.

Obstat unum impedimentum dirimens iustitiam suscepti ordinem, puta maiorum. Ratio, quia habent annectum summum votum castitatis, quod est impedimentum dirimens, cap. 1. & 6. de Clericis Conj. cap. 1. & 2. qui Clerici vel vovet. Ordines minores non tantum non dirimunt matrimonium, sed neque opediunt. cap. 3. de cler. Conj. Kung.

qui Clerici vel vovet utrum. n. 4. Sanchez. 7. disp. lib. 46.

Novum impedimentum dirimens est legamen, quia polygamia est iam de iure divino quam humano prohibita, adeoque femina non potest habere plures maritos, neque unus maritus plures uxores. cap. 1. & 2. de Sponsa de iure Trident. 24. cap. 2.

Non obstat, quod in veteri testamento licuerit simul & semel habere plures uxores, quia id etiam necesse non fuerat ad multiplicationem generis humani, quod ratio hodie cessat. Kung. de sponsa dicit.

Docemur impedimentum dirimens est, publica honestas, quae definitur, quod sit, quasi affinitas ex sponsa ibi resultant. Dissert ab affinitate, quia affinitas non oritur ex animorum conjunctione, sed corporum, puta ex copula carnali, cap. 3. de sponsal.

Olim publica honestas d. remittit matrimonium usque ad quartum gradum instat consanguinitatis, & verè affinitatis. cap. per & ult. de consang. & a. fin. de iure vero concilio Tridentum Sess. 24. cap. 3. constitutum est, ut primum gradum nunquam transcedat, adeoque hodie possit sponsus cum omnibus reliquis sponsæ consanguineis matrimonio contrahere, excepta sola matre, filia, sorore; vicissim sponsa cum sponsi consanguineis excepto patre, filio & fratre. Kung. de sponsa dicit. n. 4.

Dicta procedunt in sponsalibus de futuro, non vero de sponsalibus de presenti seu matrimonio rato, hæc enim dirimunt matrimonium usque ad quartum gradum: Ratio, quæ olim impedimentum publicæ honestatis usque ad quartum gradum in matrimonium prohibuit, non facta distinctione inter sponsalia, de presenti & de futuro. Jam verò Concilium Tridentinum, quoad

sponsalia de futuro Jus antiquum cor-  
rexit, quoad sponsalia de presenti ve-  
rò non facit mentionem, adeoque quod  
non mutatum, cur stare prohibetur?  
*Rong. loc. cit. Engl. de sponsal. §. 6.*  
Undecimum impedimentum est *affi-*  
*nitas*, de qua in principio diximus.

71 Duodecimum impedimentum est *im-*  
*potentia*, inhabilitas exercendi copulam  
conjugalem, generationi proles defer-  
vientem.

Dividitur impotentia primo in per-  
fectam & imperfectam. *Perfecta* est in-  
capacitas, & habilitas exercendi copulam  
perfectam, qualis dicitur, quæ sit cum  
emissione veri seminis intra vas debitum.  
Tali impotentia laborant Castrati, seu  
Eunuchi, qui utroque testiculo orbati  
sunt, hi enim tametsi membrum erigant,  
atque quandam materiam aquosam emit-  
tant, non tamen apta est ad generatio-  
nem proli.

*Imperfecta est*, quæ non tollit subiecto  
suo habilitatem ad perfectam copulam,  
sed generationem duntaxat impedit. Ta-  
li impotentia laborant steriles; hi enim  
verum semen effundere possunt in vas  
fœmineum, quanvis ob indispositionem  
subiecti aut aliam qualitatem acciden-  
talem sit improlificum.

Secundo dispescitur impotentia in per-  
petuam & temporalem. *Perpetua* dicitur,  
quæ per media licita, facilia aut ordina-  
ria tolli non potest. *Temporalis*, quæ  
vel sua sponte desitura est, aut certe  
modò humano curari potest. Sic, v. g.  
impotentia, quæ nascitur ex defectu  
sufficietis ætatis dicitur temporalis, quia  
decursu annorum sua sponte desitura est.  
Sic quoque impotentia, quæ arte hu-  
manâ curari potest, habetur pro tem-  
porali. Illa verò, quæ per artem hu-  
manam, vel sine discrimine vitæ tolli  
non potest habetur pro impotentia per-

petua. *Zoes. ad decret. de frigid. & ma-*  
*les. aut. n. 3.*

Tertio dispescitur impotentia in ab-  
solutam & respectivam. *Absoluta* dicitur,  
quæ ponit inhabilitatem coeundi cum  
qualibet fœmina; tali impotentia labo-  
rant Castrati, nec non excessivè frigidi,  
quibus membrum nunquam surgit, vel  
excessivè calidi, qui præproperè emittunt  
semen nec vas spectare possunt. *Respec-*  
*tiva* dicitur, quæ ponit inhabilitatem  
coeundi cum hac vel illa fœmina, veluti  
si incantatione magica effectum sit, ut  
nequeam cum Titia commisceri: vel si  
Titia respectu mariti, fortè sit bene  
provisi, sit æcti nia.

Quartò dividitur impotentia in ante-  
cedentem, & subsequenter. *Illà* dicitur,  
quæ substat ante matrimonium  
contractum. *Hæc* quæ matrimonio con-  
tracto supervenit. Iam sequitur

Affertur prima Impotentia perfecta, 72  
perpetua, & absoluta dicitur matrimo-  
nium ita Fraus. *Instit. n. 25. Zoes. ad de-*  
*cret. de frigid. & males. aut. n. 7. Sanchez. lib. 7. disp. 92 n. 7.* Ratio,  
quia ut matrimonium consistat, debet  
posse fieri mutua traditio corporum ad  
usum humanæ generationis. Atqui per-  
petuò impotens unus traditio hæc est im-  
possibilis; ergo cum impotentia perfe-  
cta & perpetua non potest consistere  
matrimonium. Et hæc conclusio est  
universa, probaturque per *cap. 2. de*  
*frigid. & ma. ep. ar. San. loc. cit.*  
*num. 2.*

Unde sua sponte sunt, Eunuchos, 73  
qui videlicet utrique testiculo orbati  
sunt non posse contrahere matr. moni-  
um ad matrimonium unam veritatem requiri-  
tur, ut quis possit verum semen intra  
vas fœmineum intromittere, quâ poten-  
tiâ carent Eunuchi, ergò. Sanè, qui uno 74  
duntaxat testiculo ornatu est, qualem  
nos

nos sp. domem vocamus, à contrahendo matrimonio non coercetur; licet enim virtus unita fortior sit, nihilominus tamen etiam is, qui unum duntaxat refert habet, æque poterit virtutem gerendam exercere, quam is, qui unum calum habet, ad id volendi Sanchez. *loc. cit. n. 14.* Porro sicuti impotentia, scilicet, absoluta & perpetua respectu omnium constituit impedimentum firmitatis; ita pariter impotentia respectiva constituit impedimentum dirimens refertus illorum, respectu quorum versatur, quia videlicet est eadem ratio, ut si non possit mutua traditio corporum ad usum humanæ generationis. Non tamen marito, neque uxori statim cessare debet, si impotentiam perpetuam suam vel respectivam allegent, sed non tunc opus est, quæ si statim ex aliali inspectione appareat, & impotentia illa manifesta sit, tunc statim absque mora s. paratio conceditur, sin minus triennium ipsis indulgetur, intra quod matrimonium consummationem tenere possint: triennio vero transacto, si nihil perfecterint, matrimonium declaratur nullum, ita tamen ut prius jurent, & adhibitis omni opera matrimonium infringere non potuisse: *Engl. loc. cit. 6. Mascard. de probat. conclus. 316. n. 8.* ane si mulier sine periculo vix incisionem pati possit, tenebitur illam admittere, *cap. fraternitatis de frigid. Et malebat Sanchez. loc. cit. n. 6.*

Assertio secunda. Impotentia perfecta, perpetua, sed subsequens non dirimit matrimonium semel rite contractum. roboratur ex *cap. 25. caus. 32. q. 7.* ubi generaliter dicitur, ob nullam infirmitatem supervenientem conjugia dissolvi sic, ergo neque possum ob supervenientem impotentiam. *Engl. n. 2. loc. cit. orig. n. 13.*

Assertio tertia. Impotentia perfecta, & antecedens, sed temporalis itidem non dirimit matrimonium. Quoniam ubi est possibilis humana generatio, est etiam possibilis traditio corporum ad usum humanæ generationis; atqui per impotentiam temporalem humana generatio non redditur impossibilis; ergo neque redditur impossibilis traditio corporum ad usum humanæ generationis. Quod tamen ita procedit, si impotentia temporalis non fundetur in defectu sufficienti ætatis: impubes siquidem matrimonium non potest contrahere, esto impotentia labores duntaxat temporales *cap. 10. Et cap. su. de spons. impub.*

Assertio quarta. Impotentia imperfecta sive antecedens, sive subsequens non dirimit matrimonium. Quia talis impotentia non redditur impossibilem mutua traditionem corporum ad usum humanæ generationis. Unde sua sponte fluit, steriles valide contrahere matrimonium *cap. 27. caus. 32. q. 7.* & rano, quia possunt exercere perfectam copulam.

Ex eodem sponte fluit, senes ad matrimonium contrahendum esse habiles, quia vix unum reperies ætatis tam decrepitum quo potentia generativa ita marcescit, ut non quandoque resuscitet, ac ante juvari possit, ad parandum summen generationi proles per se idoneum.

Sane singas senem tam exhaustum, tam pavidum, tam effictum, ut iudicio medicorum ad copulæ exercitium juvari nequeat, matrimonium valide contrahere vix est ut possit, quia cum ineptus sit ad perfectam copulam, corpus suum tradere non potest in ordine ad generationem proli. Sanchez. 7. *disp. 92. n. 24.* Fœmina quantumcunque vetula, matrimonium valide contrahit, quoniam semper vim pati potest, & exercere copulam perfectam, tametsi forte generandi,

randi, & eo recipiendi potentia exoleverit; quia hoc tantum per accidens est, sicuti in sterilibus. *Sicco. et. n. 22*

Decimum tertium impedimentum dirimens est *clandestinitas*, quæ dirimit matrimonium illorum, qui contrahunt, aliter, quam coram parochio, & sine duobus testibus. *Trident. cap. 1. de reformat. matrim.* Quasi clandestinitas est iniustitiam denuntiationum sine causa facta, quæ tamen causa non servat matrimonium. *Expl. de clau. n. 1. de poss. n. 3.*

75 Decimum quartum & ultimum impedimentum dirimens est *Raptus*, sive violenta abductio fornicæ invicæ. Si quis ergo lecturam invitam è loco, ubi moratur, in alium moraliter directum matrimonii contrahendi gratia violenter abduxerit, non potest illam ducere, quamdiu loco tuo non fuerit tradita. *Trident. sess. 24. cap. 6.*

Tria itaque concurrant, necesse est ut impedimentum hoc consurgat. Primum ut raptus fuerit violentus & involuntarius: si consentiat, impedimentum hoc non inducitur, quia Concilium Tridentinum libertati voluit consulere. Secundum ut mulier matrimonii contrahendi gratia sit abducta, non libidinis satiationis causa. Tertiò ut doceat fornicia eò loco & tempore, quo moratur in prestatæ raptoris. Extra potestatem raptoris constituta, & in loco tuo collocata, si consentiat, tenet matrimonium. *Sánchez. lib. 7. disp. 13. n. 4. & 7. König. lib. 4. tit. 7. p. 4.* Dixi, quod secundu requiritur, ut matrimonii contrahendi, non libidinis satiationis, vel alterius causæ, aut rei gratia mulier abducatur, Concilium enim Tridentinum voluit duntaxat libertati matrimonii consulere. Unde sequitur, si mulier sit abducta ad satiationem libidinis, vel alterius rei causa matrimonium non irritari, quod potius

secutum est, quia mulier non est abducta matrimonii contrahendi causa, adeoque non est violata libertas matrimonii. *König. loc. cit. n. 35.*

### §. ALIQUANDO 13.

## DE LEGITIMATIONE.

**H**Actenus de prima causa inductiva patris præstata, sequitur de secunda, quam ponit legitimatio, quæ latius, natiuitatem restituit, appellari solet. *Schraub. Inst. hoc.*

Definitur legitimatio, quod sit actus, quo liberi naturales efficiuntur legitimi.

Dividitur in legitimatorem, quæ fit per subsequens matrimonium, rescriptum principis, & per oblationem curiæ.

Legitimatio, quæ fieri solebat per oblationem curiæ ab usu recessit. Ille modus autem legitimandi tunc locum habebat, si pater filium naturalem, id est, ex concubina extra matrimoniam susceptum curiæ, id est, ordini decurionum obtulerit, ut inter decuriones numeraretur, hoc ipso filius efficiebatur legitimus. Hunc modum introduxit Theodosius Imperator, ut multi invitarentur ad curias, quarum conditio dura fuit, & onerosa, ut proinde non facile reperirentur homines, qui munia illa susceperent; quisque enim ea subire fugiebat. Filii ita offerri curiæ non solebant, nec poterant, quia sennunz muneribus publicis non funguntur; atamen filii naturales legitimi efficiebantur, si misisset curiali viro. *L. 3. cod. de nupt. Perez. Inst. hoc.*

Legitimatio per subsequens matrimonium definitur, quod sit actus, quo liberi naturales per subsequens matrimonium, cum eorum matre contractum, redduntur legitimi. Posset videri, huc legitimatorem lectam ætate nostra non simpliciter

ne cum concubinatus sublevis sit, ex  
uo liberi naturales nascebantur, de ju-  
e autem civili non alii legitimari pos-  
unt, quam naturales, & ex concubina-  
ti. Sed dicendum, illos Jure nostro  
naturales appellari, qui ex Virgine aut  
idua honesta concepti sunt. *Gomez. in  
gem. taur. 9. n. 1.* Ratio, quia concu-  
binatus prohibitus & reprobatus est, &  
Canonici se non fundat super concu-  
binatu, sed super virtute & potestate ma-  
rimonii. Hinc de Jure Canonico quilibet  
proles ex soluto & soluta suscepta le-  
gitimari potest, *cap. tuncq. 6. x. qui filii  
sunt legitimi. Manz. lib. 3. tit. 10. n. 16.*

Requisita legitimacionis per subse-  
quens matrimonium tria sunt.

Primo requiritur, ut matrimonium  
it legitime initum, hoc coram Páro-  
cho & testibus, *Concil. Trident. Sess. 24.  
cap. 2. de reformat. matrim.* quia aliis,  
quod nullum parit effectum, & non tra-  
is nullæ sunt qualitates. *L. 41. var. que-  
runt. ff. de test. per.*

Quæres 1. possintne liberi naturales  
egrumari per subsequens matrimonium,  
nam in articulo mortis contractum? Re-  
vult. Ita seipsa docens *Harp. hic n. 18.  
Chusa. Var. resolut. lib. 1. tract. 3 q. 28.  
Loef. ad Jus Canon. lib. 4. tit. 17. n. 14.  
Manz. lib. 3. tit. 10. num. 20. Engl. ad  
Jus Canon. qui filii sunt legitimi. num. 9.  
Clariff. D. Li. Franz. Inst. de imp. part. 3.  
q. 4. n. 8. Gonzalez. in cap. 1. in qui filii  
sunt legitimi. n. 11.*

Probatur hæc sententia solida & effi-  
aci ratione, quia certum est & indubi-  
tatum usque ad ultimum vite terminum  
contrahi posse matrimonium, consensus  
nim, non concubitus nuptias facit. *L.  
o. ff. de R. J. & copula non est de ma-  
rimonii essentia, sed sufficit generandi  
otentia, quæ & tunc adest, licet per  
extrinsecum morbi impedimentum ejus*

usus sit suspensus. Jam sic arguo: ut  
legitimatio liberorum procedat, requiri-  
tur, ut inter parentes contrahatur ma-  
rimonium, atqui matrimonium à quo-  
cunque infirmo, & morti vicino rectè  
contrahitur, ergò, &c. accedit maximus  
legitimationis favor, qui in hoc consis-  
tit, quod publice interlit, civitatem le-  
gitimis civibus repleri.

Dices, ut teneat matrimonium, de-  
bent partes ad usum matrimonii esse ha-  
biles, quia aliis finis conjugii principa-  
lis & præcipuus, scilicet procreatio so-  
bolis, deficeret, sed moriturus ad usum  
matrimonii non est habilis, ergò non  
potest inire matrimonium, si hoc? legi-  
timatio non procedit. *Re. Dist. maj.* ut  
teneat matrimonium, debent partes esse  
habiles, per se & ex natura rei, *Præ-  
maj.* tam per se, quam per accidentem *neg.  
maj.* & taliter distincta. *mi. neg. conseq.*  
Momentum & hora mortis incerta est,  
sæpè enim defectus à medicis convalescit,  
& civitatem replevit liberis. Unde mo-  
riturus ex natura rei non est inhabilis  
ad usum matrimonii, sperat enim, dum  
spirat, fore, ut convalescat, quod si in-  
sperata mora spem ejus fallat, per acci-  
dens est, & casui imputandum, qui nul-  
lum liberis generare debet præjudicium.

Secundò requiritur ad legitimacionem  
per subsequens matrimonium, ut pro-  
les ex his sit concepta, inter quos ma-  
rimonium minimè legibus interdictum  
fuerat. *§. fin. Inst. hic. Nov. 89. cap. 8. §.  
Si quis ignor. Zolf. loc. cit. n. 17. Manz.  
d. loc. n. 26.* Ratio, quia illi tantum per  
subsequens matrimonium efficiuntur le-  
gitimi, qui nati sunt ex tali coitu fœ-  
derario, qui poterat conjugalitatis esse.

Unde ex complexu adulterio, in-  
cestuoso, aut alio damnato coitu sus-  
cepti per subsequens matrimonium le-  
gitimari non possunt: Ratio, quia re-



quiritur de forma, ut proles ex talibus personis sit suscepta inter quas non est prohibitum legibus matrimonium *d. §. fin. §. cap. tanta. 6.* *§. qui filii sunt legitimi.* Ratio rationis, quia legitimatio procedit mediante fictione & retrotractione ipsius matrimonii, adeoque necessarium est quod detur habitus extremorum, puta, extremi à quo, & extremi ad quo *arg. l. bonorum ff. rem ratam haberi, §. l. 1. §. fin. ff. de appellat. Schneid. Ind. de patria potest. n. 20. Chigensp. Lij. de imp. qu. 63. ob. 2. Manz. loc. cit. num. 27.*

- 2<sup>a</sup> Quæres 2. *An legitimatio per subsequens matrimonium locum habeat, si tempore conceptionis inter partes non potuit consistere matrimonium, bene verò tempore natiuitatis?* ut ecce! Ego uxoratus adulterina lididine contaminavi Bertam; antequam deinde proles primo vagitu lucem salutasset, decessit uxor mea, quæstionis est, si Bertam in uicem ducam, an proles legitimetur.

Sunt, qui affirmant utraque manu propugnent, quos inter agmen ducit *Molin. de J. §. J. disp. 172. n. 3.* cui se associant *Clariss. D. Doß. Franz. Inst. de imp. part. 3 §. 3. n. 5. Sanchez. de matrim. l. 8. disp. 7. n. 19. Faubon l. 3. contr. 50. Manz. de conceß. ult. vol. l. 11. tit. 12. n. 4. Pufser. de subil. quæst. 407. Gonzalez. in c. 1. §. qui pater sunt legit. n. 12. Manz. loc. cit. n. 31.*

Mouentur I. ex *L. §. 2. ff. de stat. homin.* ubi in hæc verba rescribitur: *Ingenius sunt qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit.* Ex hoc textu sic arguunt: ut aliquis ingenuus nascitur, sufficit, matrem suæ liberam alterutro tempore; vel conceptionis, vel natiuitatis, *d. L. §. 2.* ergò etiam, ut proles, extra matrimonium suscepta,

legitimari possit, sufficit, alterutro tempore, vel conceptionis, vel natiuitatis, inter partes posse consistere matrimonium.

Mouentur per *II. l. super 11. Cod. de natura lib.* ubi ita scribitur: *De hoc facimus favore liberorum, ut editiones tempus statuantur inspectandam, excerptis in tantummodò casibus, in quibus conceptionem in eis approbati i. factum utilitas expostulat.* Unde ira insurgunt: illud tempus, quando de liberorum favore agitur, debet inspicere, quod liberis est utilius, sed tempus natiuitatis liberis est utilius, ergo debet inspicere tempus natiuitatis.

Mouentur III. si quis commisceatur cum Turcilla, & ex illa prolem suscipiat, legitimatur proles per matrimonium cù Turcilla (posteaquam ad veram fidem conversa est) contrahit; ergo ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes possit subsistere matrimonium.

Mouentur IV. licet tutori & tante tutela, matrimonium cum pupilla contrahere non sit permittum, partus tamen impedimento stante conceptus, per subsequens matrimonium legitimatur; ergo ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes possit subsistere matrimonium.

Mouentur V. per *L. crimen. 26. ff. de pæn.* ubi dicitur, quod pœna paterna, si crimen ejus filio non debeat infligi, ergo, licet pater sit adulter, nihilominus tamen filius poterit legitimari.

Mouentur VI. per *cap. ex tenore pen. §. qui filii sunt legitimi*, ubi habens uxorem, duxit, eâ superstiti, aliam, & proles exinde nata dicitur esse legitima, ergo non requiritur ad legitimationem, ut tempore conceptionis inter partes possit esse matrimonium.

Verum his argumentis, in contrarium nihil

hilmoventibus, placet eorum sententia, quod in memorato casu legitimatio utique procedat.

Patrocinantur huic sententiae non inae notae AA. *Glettle select. quest. pag. 1. q. 7. Bachov. ad Treult. vol. 1. disp. lib. 6. lit. F. Zoef. ff. de concubin. n. 14. m. ad Treult. loc. cit. q. 27. Porrbing. 4. Jur. Can. tit. qui filii sunt legit. §. n. Perz. in Cod. de natural. lib. n. 12. off. D. E. Konig qui filii sunt legitimi. n. Schambog. iust. §. fin. de nupt.*

Probatur I per §. fin. iust. hic. ubi ad e ut legitimatio procedat, debet prole tali muliere esse procreata, cuius matrimonium unquam legitimum interdictum fuerit, ac nostro in casu matrimonium locus est interdictum, ergo non procedit legitimatio.

II. Per l. 5. Cod. de natural. lib. ubi hoc, ut procedat legitimatio, requirit, ut foemina potuerit esse concubina; quia tantum nati ex concubina, odie ex virgine, vel vidua) per subiens matrimonium legitimari possunt, in casu posito foemina non potuit esse concubina, ergo.

III. Legitimatio fit per fictionem rationis, quo stante, sic insurgo: vel legitimatio retrahitur ad tempus conceptionis, vel ad tempus natiuitatis; Non tempus conceptionis, quia inspecto ipso tempore conceptionis, proles est formata adulterina, quae obiectum legitimatio non constituit, Nov. 89. cap. ult. dicitur, quod nulla sit adulterinis vertienda clementia, non ad tempus iuitatis, quia alias macula, quae est conceptione, perfecte non elueretur. V. Per cap. tanta 6. qui filii sunt legit. verbis: si autem vir, vivente uxore, aliam cognoverit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem erit, adulterinus spiritus erit filius.

Ecce! hic non distinguitur, an ante vel post natiuitatem proles uxor sit mortua.

V. Per text. L. 11. ff. de stat. homin. ubi proles, ex filia, quae sine consensu patris de iure civili invalide nupsit, concepta, manet illegitima, etiam si tempore natiuitatis, patre iam mortuo, impedimentum matrimonii sit sublatum.

VI. Per solidam, & validam rationem, quia lex, quae aliquas proles, v. g. incestuosas, à beneficio legitimatiois coercet, respicit culpam ex copula proveniente, & non natiuitatem filii, utpote in qua non intervenit culpa; atque in nostro casu copula est adulterina, ergo proles erit adulterina, utpote quae a qualitate copulae, & non à conditione, & eventu parentum, suam trahit denominationem. Jam subsumo: sed proles adulterina potest legitimari, d. Nov. 89. cap. ult. ergo, &c.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

AD I. ut conc. ant. neg. conseq. dispa. 82  
ritas est, quia quocumque tempore mater libera est, verum est dicere, quod non sit serva, & sic nullum vitium habeat; sed in nostro casu, etiam si cesset impedimentum matrimonii, non tamen cessat vitium adulterii, & sic nunquam est verum dicere: Mater non est adultera; sanè, quàm parùm virgo, quae, naturalis stimuli illecebris incitata, in alterius semel vota navigavit, non amplius talis est, nec fieri potest, tam parùm adultera talis esse desinere potest, nisi facta infecta fieri posse dixeris, secus est in servitute, quae tantum est extrinseca & manumissione omnino evanesceat.

II. Non valde moror argumentum: Enimvero ipse factor, favore liberorum

conceptionis, vel nativitatis tempus inspiciendum esse; sed ceteris paribus, & supposita cap acitate materis, quæ hic deficit. Nam, ut locum habeat legitimatio, requiritur, ut proles ex talibus personis sit concepta, inter quas matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, §. *fin. h. l. hic*. Paulo aliter *de Bachius*, severus *Treutleri* custos, atque, *d. l. 1. §. l. 3. ff. de stat. homin.* loqui de libertate, non de legitimitate; scilicet, si quæretur, partus liber sit an servus? illud tempus debet inspicere, quo mater libera fuit, sive deinde sit tempus conceptionis, sive nativitatis; & tempore, quo mater libera fuit, inspecto, verum est dicere: mater non est serva, adeoque ut partus nascatur liber, illo momento, quo mater libera fuit, fingitur esse natus: secus in nostro casu, sive enim tempus conceptionis, sive nativitatis inspectis, utroque tempore mater esset adultera, quod vitium adulterii nunquam eluitur.

Dices: ut partus nascatur liber, sufficit, ut uno tempore mater sit libera, ergo etiam, ut proles legitimetur, sufficit, quod uno tempore inter partes matrimonium possit subsistere. *de neg. conj. quia* per manumissionem tollitur vitium servitutis: per cessationem verò impedimenti vitium adulterii, & copulæ turpitudinem non tollitur.

Ad III. & IV. solutio est in aperto; in utroque enim casu solummodo contrahitur vitium stupri, quod per legitimacionem elui potest, secus vitium adulterii.

V. argumentum nimium probat, ergo nihil probat; sequeretur enim etiam susceptos ex incestu, aut alio damnato coitu legitimari posse, quod dictum absurdum foret.

VI. Nihil ad rhombum facit, quoniam non nostrum *Quæstionis* statum de-

cidit, sed alium, puta, an ex matrimonio putativo natus debeat censeri legitimus? & rescribit, quod *hic*; cum decisio totò còllo diversa est à nostra controversia. Sanè, ut candidè fatear quod sentio, mihi videtur per *act. ex tenore p. m.* nostram sententiam magis confirmari, quàm infirmari, idèò enim natus ex Mauricia habetur pro legitimo, quia Mauricia ignara fuit, sui conjugis uxorem vivere, atque adeò non formaliter vitium adulterii intervenit, sed duntaxat materialiter; cessat proinde ratio, quam nos in turpitudine copulæ ponimus.

Ex quibus pro & contra deductis, patet ad oculum, nostram sententiam in puncto Juris Sibyllæ solò veriorè esse; tametsi *affirmativam* in praxi sequendam, autument *Pirrhung. & Clariss. D. P. Konig. loc. cit. sed*

Quæres III. *An idem dicendum, si tempore Conceptionis impedimentum non fuerit, sed verò tempore Nativitatis?* *de. negativè* per *cit. cap. tanta. & qui filii sint legitimi?* ubi ille duntaxat casus excipitur, quo copula fuit damnata legibus, quæ non est talis in nostro casu. *Zoef. ad Jus Can. d. s. n. 19. & omnes suprà allegati.*

Quæres IV. *An susceptus ex copula incestuosa, ignoranter tamen habita, per subsequens matrimonium, cum dispensatione contrahitur, legitimatur?*

Tametsi negativè in rigore juris magnam habeat probabilitatem, prout demonstrant *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n. 24. Zoef. ad Jus Canon. qui filii sint legitimi? n. 20.*

*Affirmativam* tamen, praxi receptam esse, testis *P. Engl. loc. cit. n. 12.*

Ratio, quia talis filius non est natus ex formali incestu & sicut ergo ipsi parentes, tanquam incestuosi, propter igno-

tantis impedimenti potest incestus ordinarius non afficiuntur, ita quoque filius natus pro incestuoso habendus non est.

Non obstat, quod danti operam rei iniuste imputentur, etiam, quæ præter ipsius intentionem sequuntur. *c. tua 19. §. de homicid. Et c. ult. cod. n. 6.* quia *dd. cc.* vel de rigore Juris procedunt, vel intelligenda sunt tantum circa homicidium, in ordine ad irregularitatem incurrendam.

3. III. Ad legitimacionem per subsequens matrimonium requiruntur instrumenta dotalia, *arg. §. fin. huc l. 1. §. 6. 10. Et 11. Cod. de nati. lib. juncti Nov. 12. c. 4. Nov. 18. cap. fin. quibus, & aliis pluribus locis* sumentio instrumentorum dotalium per ablativos absolute positos, quin in conditionem resolvuntur.

Quod procedit de Jure Civili, secus de Jure Canonico, quod ad legitimacionem instrumenta dotalia nullatenus exigit, sed solus nuptias, quas consensus facit, *l. 30. ff. de R. J.* Imò nec de Jure Civili hodie requiruntur instrumenta dotalia, testis est *Wesend. consil. 44. n. 44.*

4. Quæritur V. An ad legitimacionem per subsequens matrimonium consensus liberorum legitimandorum requiratur? *R. requiri.* Ita *Fach. 3. c. 14. Harp. §. fin. huj. l. 1. n. 6. Glessie. select. quæst. part. 1. q. 8. Huon. var. resolut. l. 1. q. 30. Bachov. ad Trend. vol. 1. disp. 2. tit. 6. lit. 6. C. Ludw. Inst. huc.*

Facit pro sententia I. vulgatum illud Juris Brocardicon, quod invito non detur beneficium *l. 69. ff. de R. J. & præterea id, quod in favorem alicujus introductum est, repudiari possit l. pen. Cod. de pact.*

Facit II. *l. fin. ff. de his, qui sui vel alieni Juris sunt.* Inveni filii, naturales, vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem.

Facit III. *Nov. 29. cap. 11. his verbis: sub potestate tructum filium redigere juxta non est.*

Dices: *dd. ff.* fortiri locum de Jure Civili, non etiam de Jure Canonico, ut proinde de posteriori hoc Jure consensus liberorum in legitimacionem requiri non videtur. *R. præter hoc, quod Jus Canonicum hoc in casu à constitutione Juris Civili expressè nullibi recesserit, consequenter Juri Civili, tanquam clarescentum sit, præter hoc (inquam) Jus Canonicum hac in parte non potuit derogare Juri Civili, quoniam legitimatio in ordine ad successionem, patriam potestatem & alios effectus, Jure Civili introductus, & suprà tit. de patriæ potestate enumeratus, est negotium profanum & politicum, adeoque non obnoxium censuræ & reformationi Pontifici.*

Objic. I. *c. 6. §. qui filii sunt legis.* ubi tota vis legitimandi tribuitur matrimonio, *ergo* liberi suo consensu non poterunt vim legitimandi infringere. *R. dissing. ant.* tota vis legitimandi tribuitur matrimonio, eò modò, quo leges volunt, contracto, *conc. ant.* quomodocumque contracto. *arg. ant. Et consq.* Matrimonium ex se & ex natura sua non producit legitimacionem, sed quatenus vis legitimandi à Jure Civili eidem indita, & tributa est, Jus verò Civile vim legitimandi matrimonio non aliter tribuit, quàm sub ista conditione: *si liberi legitimandi consentiant. d. l. fin. Et Nov. 29. cap. 11.* Ergo legitimatio sine consensu liberorum non procedit.

Objic. II. Jus Civile non potest impedire effectum matrimonii, utpote quod est res spiritualis, & consequenter obnoxia constitutioni Juris Canonici, *ergo, Et c. R. iterum diss. ant.* Jus Civile non potest impedire effectum matrimonii, quia,

quatenus imbibit rationem Sacramenti conc. ant. quatenus sapit contractum civilem. *neg. ant. Et conseq.*

Matrimonium non adeo operatur effectum legitimationis, quia est Sacramentum, sed quatenus sapit Contractum Civilem & Politicum; quare, cum de Jure Civili ad Legitimationem requiratur liberorum consensus, dispositiorem hanc Jus Canonicum tollere non potuit.

Obijcit. III. publicè interest legitimari liberos naturales, ergo favori publico liberi suo dissenſu præjudicare non possunt. & Secundariò tantum reipublice interesse, liberos naturales legitimari, non primariò. *Harp. Bachov. loc. cit.*

Effectus Legitimationis per subsequens matrimonium est, quòd ejus adminiculo liberi naturales efficiantur legitimi, ac eodem Jure censentur, quò liberi ex justo thoro nasci, l. 10. *Cod. de nat. lib. Nov. 89. c. 8.* Hinc pariter cum naturalibus & legitimis succedunt non tantum ab intestato, d. l. 10. *Et Nov. 39. c. 8.* sed etiam ex testamento, ita ut præteriti rumpant testamentum l. 8. ff. *de inoff. test. Et art. & injustè exheredati querelam inofficiòsi habeant, §. 2. Inst. de inoff. testam.*

Præterea efficiuntur idonei ad obtinenda officia, honores, dignitates, tam Civiles, quam Canonicas, excepta solà dignitate Cardinalitica, ad quam taliter legitimati aspirare specialiter prohibentur, juxta *Bullam Sixti V.* quæ incipit: *Postquam.* de anno 1590. *Clayff. D. P. Kuntz ad Jus Canon. qui filii sunt legitimi. Zosif ibid. n. 24. Miana. loc. cit. n. 4.*

Quæritur VI. An legitimati per subsequens matrimonium etiam in feudo succedant?

Negativam propugnat *Bachov. ad*

*Treult. vol. 1. diff. 2. ch. 6. lit. F. Hænn. var. resolut. lib. 3. tract. 1. q. 11. Ghesle Affert. Jurid. 72.*

Movetur præcipuè ex textu *lib. 2. feud. tit. 26. §. naturales.* ubi in hæc verba rescribitur: *naturales filii, licet postea fiant legitimi ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis, admittuntur.*

Affirmative subscribunt *Porrbing. l. 85. 4. Jur. Canon. tit. Qui filii sunt legit. §. 5. n. 35. Zie. ff. de concubinis. n. 7. Rosenthal de feud. cent. c. 7. conclus. 18. n. 1. Et 2. Harp. princ. inst. de hered. quia ab intestato def. n. 315. Mynsing. cent. 8. obs. 42. Gail. 2. observ. 141. ubi sic: præxi, & generali consuetudine, quæ est optima legum interpret, hanc sententiam receptam, nec non judicando roboratam esse.*

Probat hæc solà, sed solida ratione, quotiescunque, casus aliquis de Jure feudali expressè non est decisis, toties decidendus est ex Jure communi 2. *Feud. 1. in fine;* atqui de Jure feudali casus controversiæ nostræ expressè non est decisis, ergo decidendus est ex Jure communi; sed Jus commune, tam canonicum, quàm civile, liberos per subsequens matrimonium legitimatos, perinde ac legitimè natos, ad successionem vocat, d. c. *sententia 6. Et ult. Inst. hic. in fine Nov. 89. c. 8. Et Nov. 12. c. ult.* ergo etiam ad successionem feudi admittit.

Ad text. 2. *feud. 26. vers. naturales,* facilis est solutio, procedit enim de legitimatione per rescriptum principis.

Docet: Textus citatus loquitur de casu, quo cum legitimatis concurrunt adhuc alii liberi, in verbis: *nec soli, nec cum aliis,* sed existentibus aliis liberis, puta, naturalibus & legitimis, Princeps non solet legitimare. *Nov. 74. c. 1. Et 2. Nov. 89. c. 9.* ergo textus 2. *feud. 26. §. naturales,* de legitimatione per rescriptum

rum Principis non potest intelligi

*W. Couc. may. dist. num.* Princeps non solet legitimare semper *conc. num.*, nunquam *neg. mai. Et consequ.* Tamen si Princeps regulariter, existente legitima prole legitimare non solet; fallit tamen regula quandoque, puta, si iusta ratione moveatur. Deinde facit quoddam Princeps legitimaverit filium naturalem, & postea legitimationem patri naturales, & eorum supernascentur, nunquid forte sic exlus *cit. tract. feud. 26.* decus est? *ichambog. pag. 522. & quæres.* Aliter resolvit *Clariss. D. D. Franz quest. select. x. si iure Canon. publ. Et c. q. ult.* ubi more uo solide hanc controversiam discutit.

**Quæres VII. An legitimatio tribuat ius primogenituræ? Casus controversialis est.** Princeps quidam ex concubina suscepit *Tetrum*, ex uxore deinde *Sempronium*, quoniam erit primogenitum, si Princeps, uxore mortua ducat concubinam?

Sunt, qui Titio patrocinentur. Ita *Iunn. var. resolut. lib. 3. tract. 1. q. 27.*

Mouentur I. Quia legitimatio per subsequens matrimonium omnem maculam naturalium tollit, ac in eum statum reuocantur liberi naturales, in quo fuerint, si ex iusto thoro nati essent. *l. 1. ad de nat. liber.* Sed, si *Tetrus* esset natus ex legitimo thoro, gauderet iure primogenituræ; ergo etiam gaudebit, si legitimatus esset.

II. Matrimonium, contractum cum concubina, retrahitur ad tempus, so habuit accessum ad concubinam; ergo tunc iam legitimus censetur, si hoc, et primogenitus.

III. Quia fictio tantum operator in suo fictio, quantum veritas in casu veritatis. *l. Lege Cornelia ff. de testam. Et quæ tam. fac. poss. l. 1. ff. de adopt.* Sed iura iugunt, legitimatum per subsequens ma-

trimonium iam tempore conceptionis fuisse legitimum; ergo idem est, ac si fuisset vero legitimus; sed, et legitimus præfertur nato ex intermedio matrimonio, ergo etiam legitimatus præferendus erit.

Verum, his non attentis, standum est pro *Sempronio*, ex intermedio matrimonio progenito, ut iste iure primogenituræ gaudeat. Huic, tamquam veriori sententiæ suffragantur *Gomez ad legem Taur. 9. n. 36. Bachov. ad Territ. vol. 1. disp. 2. tit. 7. lit. b. Schinab. §. fin. Inst. d. nupt. & eff. Et Gletto p. 1. quest. 1. Gonzalez. in c. 1. de qui fili sunt legit. n. 9.*

Facit I. Pro hac posteriori sententiâ hæc solida ratio, quia natus & legitimus ex intermedio matrimonio procreatus, habet jus quæsitum, quod si non factio suo ipsi non est auferendum. *l. 11. de R. J.*

I. Quia legitimatus per subsequens Matrimonium, licet ex tempore contractû matrimonii legitimus sit, in conceptione tamen & natiuitate usque ad contractum matrimonii non est verè legitimus, sed habetur pro legitimo per fictionem. *Mantica lib. 11. tit. 12. n. 19.* quæ fictio non inducit in præjudiciu tertii, fictio enim nititur benignitate & æquitate, quæ est fundamentum omnium fictionum *l. 19. ff. de capt. sed æquitas locum non habet ubi datur præjudiciu tertii l. 2. §. item ff. de aqua pluvia l. 19. ff. ex quib. caus. may. & ergo in hoc casu non procedit fictio, utpotè redundans in præjudiciu tertii, qui legitime natus est.*

III. Quia legitimatio per rescriptum Principis non tribuit ius primogenituræ, ut fatentur ipsi adversarii; ergo neque legitimatio per subsequens matrimonium. Consequentia probatur. Ideo legitimatio per rescriptum Principis non tribuit.

tribus jus primogenituræ, quia Princeps non confetur velle præjudicare filiis jam ante natis, quibus jus primogenituræ quæsitum est, at hæc ipsa ratio locum etiam habet in legitimatione per subsequens matrimonium, quia nupum non habent vim legitimandi, nisi quatenus subsistant privilegio Principis, ergo &c.

*Dices* Legitimatio per subsequens matrimonium utique majori digna est favore, quàm legitimatio per rescriptum Principis; *ergo* argumentum non procedit. *R.* Me ultra id largiri; sed nolui, obliuiscaris, *favores non consue extendendos esse*, ut in *præjudicium abutrum* rotundum, aut alius jure quæsito privent.

*Urges* Non obstante, quod liberis naturalibus & legitimis per legitimationem per subsequens matrimonium inferatur præjudicium, & portio vel legitimæ vel successione ab intestato minuantur, illud tamen non attenditur; *ergo* etiam non obstante, quod filio ex intermedio matrimonio procreato inferatur præjudicium, illud tamen non attenditur. *R. conc. ant. neg. conseq.* Ratio disparitatis à Gletile *loc. cit.* assignatur hæc: quod spes successionis & legitimæ nunquam sit certa & determinata, sed determinatio illius hinc tacitum conditionem imbatat: *postmo successionis tanta vel tanta erit, nisi alii vel plures liberi supervenerint*. Aliud est in primogenitura, quæ posita semel prioritatem legitimorum naturalium, absolutè statum competit, nec pendet amplius ex futuro quodam eventu. Aliam differentiam rationem reddit *Conzales loc. cit. num. 2.* quia inquit, in casu priori agitur de bonis divisibilibus, quæ pater habet, tanquam immediatus possessor, & de iis pro libitu disponere. filiusque vel omnia, vel legitimam duntaxat relinquere potest. Socus se habet in casu posteriori; pater enim

bona majoratæ, & fidei commissæ obnoxia non potest neque in vira, neque in morte distrabere aut dividere. *l. 114.*

*§. Druff de legat. 1.* Sed filius primogenitus in ius statim consequitur jus irrevocabile, quod ipsi per secundum patris matrimonium auferri non potest.

*Faci* IV. Pro nostra sententia equitas & ratio naturalis; quia mulier nobili graviter deciperetur, si filius ejus legitimus jure primogenituræ non gauderet, cum forte non contraxisset, si filium suum legitimum in majoratu non successurum scavisset.

Argumenta contraria tam parùm probant, ut nihil probare videantur.

I. Enim quod attinet, verum quidem est, liberos naturales per legitimationem in eum statum reduci, in quo forent, si ex iusto thoro nati essent, quatenus illa reductio non vergit in præjudicium alterius, *conc. secus neg.*

Accedit, quod argumentò nimis probetur, nempe jus primogenituræ competere etiam legitimato per rescriptum Principis, cum hæc legitimatio etiam omnem maculam tollat, & Imperator *in Nov. 39. in cap. 9. de taliter legitimato* pronunciet, quod nihil differat à filio legitimo, & tamen non gaudet jure primogenituræ.

Ad II. Eadem datur solutio, nimirum, quod ista retractio locum non habeat, si alteri fiat præjudicium & auferatur jus quæsitum. Unde &

III. Ruie; si tiones enim locum non sortiuntur, ubi datur præjudicium testis, prout suprà satis superque demonstravimus.

IV. Modus legitimandi est per rescriptum Principis, quæ legitimatio *desinitur* quod sit *ad m.* quod Princeps supplicat libello rogatus liberos naturales jubet esse legitimos *Clarrif. D. Doll. Franz. Inst. h. s.*

q. 4. §. 1. n. 1.

Taliter legitimandi potestas competit illi summo Principi, qualis est Papa, & Romanorum Imperator; juxta enim legitimandi spectat ad Regalia Principis & iidem majora, adeoque nemini competit, nisi ex privilegio & commissione. *termes ad jus publ. cap. 11. num. 125. fenz. Inst. lib. 3. tit. 10. §. 35.* Unde statuti Electores, Principes, & ceteri status Imperii hac potestate legitimandi utuntur, tamen eam ut & Comm. s. Palatini, lupant non jure proprio, sed ex commissione. *Cap. super. §. praterea de V.*

quidquid de contraria praxi alleget. *num. de jure publ. l. 2. c. 9 n. 124.*

Porro legitimari per rescriptum Principis possunt non tantum naturales, sed tam spurii, adulterini, incestuosi, &c. necpue, si Princeps plenitudine potestatis utatur; ratio vix alia dari potest, jam quod hoc exigit summa Majestas, potestas Imperialis, de qua disputato erilegum est. *l. 3. Cod. de crimine falsitatis.* Deinde adulterium & incestus notum sunt impedimentum legitimatio- nis de jure positivo, proinde Princeps ad tollere potest. *Clariff. D. P. König. l. 1. m. Can. qui filii sunt leg. 1. n. 35. fenz. loc. cit. §. 2. Schamb. hic.*

Ut hæc legitimatio procedat, requiritur I. *Consensus liberorum*, Nov. 89. p. 11. invito enim non datur bene- centia. *L. 69. ff. de R. J. II. ut patens ullis alios liberos habeas d. Nov. 89. cap.*

9. Princeps enim in dubio non censetur velle præjudicare liberis legitime natis. Plane si princeps velut ut plenitudine potestatis, etiam iustus liberis exstentibus, naturales quoad jura successionis legiti- mare poterit, novissima enim Juris est, Principem posse ex iusta causa alteri jus questionum tollere. *Mysing. cent. 1. obs. 15. Zosf. ff. de concub. num. 19. Clariff. D.D. Franz. loc. cit. n. 12.*

III. Requiritur, ut liberi legitimi negotiant per subsequens matrimonium, forte quia concubina decessit aut talis est foemina, quæ cum honore duci non possit, Nov. 89. cap. 9. & Nov. 74. cap. 2. habito enim remedio ordinario, scilicet legitimatione per subsequens matri- monium, non est excurrendum ad extra- ordinarium. *Manz. num. 69.*

Effectus legitimacionis hujus est, quodque naturales liberi reddantur legitimi. 2. Habilitentur ad officia & dignitates Ecclesiasticas, si a Pontifice, laicales, si ab Imperatore legitimati sunt, nisi spe- ciali statuto, vel consuetudine indultum sit, ut quis legitime natus sit, prout consuetudine obtinet, quod taliter legitima- tus Doctoris titulo insigniri nequeat, *Mysf. 4. obs. 31. Blum. Process. Camer. tit. 7. num. 31. 3.* Succedant ab intestato nisi iusti liberi existant, Nov. 89. cap. 6. in feudis vero tam parum admit- untur, quam ad jus primogenituræ. *Covar. var. resolut. lib. 3. cap. 7. Clariff. P. König. loc. cit. n. 62.*



## TITULUS XL DE ADOPTIONIBUS.

### SUMMARIA.

- 1 *Quid sit adoptio?*
- 2 *Liberi quatuorplexes sunt?*
- 3 *Natus mense undecimo an Legitimus reputetur?*
- 4 *Differentia adoptionis, & arrogationis.*
- 5 *Adoptatus ab extraneo non transis in potestatem adoptantis.*
- 6 *Secus adoptatus ab ascen. lente.*
- 7 *Impubes an arrogari possit.*
- 8 *Enumerantur requisita arrogationis.*
- 9 *Quarta Piana est quarta omnium bonorum.*
- 10 *Quamam possit adoptare?*
- 11 *Adoptare non potest, nisi qui 60. annos habet.*
- 12 *Adoptatus a nobili non fit nobilis.*
- 13 *Resolvuntur argumenta contraria.*
- 14 *Unio prolium quid sit?*

### CONNEXIO.

**S**upra in titulo de patria potestate dictum est, tres esse causas inductivas patris potestatis, *scilicet nuptias, legitimatum, & adoptionem.* Priores duas haecenus absolvimus, relictis proinde ordine tertia, id est adoptio sub ictur, non enim solum naturales liberi, secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

Adoptio autem definitur, *quod sit actus, quo is, qui filium non est, in filium assumitur.* Adinventum est adoptio in solatium gerum qui liberos non habent;

forte quia sterile est eorum conjugium, vel quia liberos suos amiserunt, vel quia habent, sed degeneres, improbos, debiles, vel valetudinarios, ut liceret tale infortunium aliorum adoptione emendare. *Manz. n. 4.* Priusquam ulterius progrediamur, libet sub limine inquirere, quot sint species liberorum. Itaque

I Sunt filii *naturales & legitimi summi*, 2. qui secundum naturam ex conjunctione maris & foeminae a lege expresse approbata, legitimo scilicet matrimonio procreati sunt; sive brevius, qui nati sunt ex legitimo thoro.

Natus autem ex legitimo thoro censetur, qui natus est mense septimo post contractas nuptias *l. septimo mense 12. ff. de stat. homin.* Item qui natus est ex vidua mense decimo post mortem mariti. *l. G. l. 29. ff. de lib. & post.* Sed quid de illo, qui natus est mense undecimo, an legitimus reputetur? Dixeris 3 illegitimum reputare debere per *Not. 39. cap. 2.* ubi *Imperator* partum undecimo mense perfecto editum, vocat impium, & ait impossibile esse, ut conceptio ex marito defuncto in tantum tempus extenderetur.

Verum cum *Imperator* de mense undecimo perfecto, id est completo loquatur, permittendum est, natum sub initium mensis undecimi, legitimum esse, praecipue si aliunde mater bonae famae ac integre fuerit exultationis. *Eugl. Qui filii sint l. 1. n. 1. p. 7.*

Circa liberos naturales & legitimos simul obinet regula, quod sequantur

*conditionem patris. l. 19. ff. de stat. homin. Glette Inft. pag. 76.*

II. Sunt filii sive liberi naturales, *tam-  
en* qui ex concubinato genti sunt.  
*l. fil. Inft. de nups. Hodie naturales vo-  
cantur, qui ex soluto & soluta Virgines,  
idna & mafculo soluta nati sunt. Schu.  
76. n. 4.*

III. Sunt legitimi *tantum* seu adoptivi,  
qui non secundum naturam a parentibus  
doptivi procreati sunt, & auctoritate  
Laris Civilis filii efficiuntur; & de his  
cogitur noster *titulus*.

IV. Sunt *spurii* seu vulgo *quefiti*, nati  
tunc ex publica meretrice, qui patrem  
lemoſtrare non possunt; circa quos  
taut Poeta.

*Non habet ille patrem, cui populus Pa-  
ter est.*

Sunt liberi nati ex damnato coitu,  
quales sunt *inceſtuoſi*, nati ſcilicet ex col-  
ateralibus in gradu prohibito: *Sacrilegi*,  
nati ſcilicet ex patre vel matre, voto lo-  
carni obſtricti: *Adulterini*, nati ſcilicet  
ex adulterio: *Nefarii*, nati ſcilicet ex  
aſcendentibus & deſcendentibus. *Schu.  
u. 7. huc.*

Circa liberos illegitime natos obtinet  
regula quod ſequantur *conditionem ma-  
tris l. 19. & 24. ff. de ſtat. hom.*

### §. ADOPTIO. I.

Q. In iſto §. *quoting* lex ſit adoptio: ad  
quod R. quod ſit *duplex*, ſcilicet:

*Adoptio in ſpecie & arrogatio.* Adoptio  
in ſpecie eſt actus, quo is, qui alieni juris  
& in poteſtate parentis eſt, v. g. *filium ſum.*  
qui ſcilicet adhuc habet patrem natura-  
lem in cujus poteſtate eſt, in filium aſ-  
ſumitur.

Differunt, quod adoptio in ſpecie co-  
ram Magiſtrata tantum fieri poſſit; con-  
tra vero arrogatio fieri debeat coram  
Principe. Deinde in arrogatione requi-

ritur expreſſus arrogandi conſenſus. *l. §.  
ff. de adopt.* ut promde inſans arrogari  
non poſſit. In adoptione vero ſufficit ta-  
citus conſenſus, id eſt, quod non contra-  
dicat; ut promde etiam inſans adoptari  
poſſit. *de l. 5;* ratio differentie eſt,  
quia in adoptione pater adefſt, qui ado-  
ptando preſumitur optime proſpecturus.  
*Schamb. loc. & Manz. n. 10.*

### §. SED HODIE. 2.

Pro pleniori huius §. intellectu ſcien-  
dum eſt, olim de Jure videlicet antiquo,  
non tantum arrogatum ſed & adoptivum  
tranſiſſe in poteſtatem adoptantis *l. 7. l.  
23. ff. h. t.* nulla facta differentia, an  
quis ab extraneo, an ab aſcendente fuerit  
adoptatus.

Verum hoc a Juſtiniano Imperatore  
*in l. penult. Cod. de adopt.* immutatum eſt,  
ubi hanc diſtinctionem adhibet, *utrum*  
videlicet aliquis eſſet adoptatus ab extra-  
neo, an vero ab uno ex aſcendentibus, v.  
*g. atq. proavo. &c.*

Si filius ſam. extraneo in adoptionem  
datur, tunc manet in poteſtate patris na-  
turalis, neque tranſit in poteſtatem ado-  
ptantis, adeoque quoad patrem natura-  
lem perinde habetur, atque ſi non fuiſ-  
ſet adoptatus. *text. in §. ſed ea 14. Inft.  
de hered. qua ab inteſt.* Ratio 1. quia ro-  
buſtiora ſunt jura patr. s naturalis, quam  
ut civili ratione infringi poſſ nt. Ratio  
2. quia alias, ſi adoptatus poſt mortem  
patris naturalis emanciparetur, utraque  
hered. tate privaretur; & quidem patris  
naturalis, quia exiſtit in aliena familia,  
& non eſt amplius hæres ſuus; adoptivi,  
qua emancipatus eſt. *de l. pen. Cod. h. t.  
Zoeſ. ff. h. t. n. 3.*

Dices: ergo talis adoptio nullum pla-  
ne producit effectum. R. Verum qui-  
dem eſt, quod id genus adoptionis nul-  
lum talem habeat effectum, qualem pa-

tria potestas producit. Itaque si filius adoptatus aliquid acquirit, non patri adoptivo, sed naturali acquirit. Deinde pater adoptivus ipsum heredem instituere non tenetur, sed si vult, potest eum omnino præterire. Si autem aliquid ei reliquerit, mera liber filius est, *max. in l. 10. §. sed ne Cod. de adop.* Contra vero pater naturalis tenetur ipsum heredem instituere, qui manet suus hæres. *Marz. n. 10.*

*Dixi. quod adoptio nullum talem habeat effectum, qualem patria potestas producat* i. habet tamen alium effectum, nimirum quod adoptatus filius ipsius dicatur, & adoptans venerabile nomen patris sortitur. Item, quod si pater adoptivus ab intestato, hoc est, nullo facto testamento decesserit, ad ejus successionem legitimam admittatur. *Marz. n. 11.*

*Dices. Videtur adoptatus adhuc hodie transire in potestatem adoptantis per §. 14. Inst. de hered. que ab Inst.* Ubi dicitur tali adoptato integra jura servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, ergo non permansit, quia alias Juris Consultus non deberet in præterito plusquam perfecto loqui. *R. Imperatores* istis verbis ideo uti, quia patres adoptivi tales adoptatos plerumque in domum suam recipere, alere, & educare solent, & sic quoad apparentiam videntur non permanere in patris naturalis potestate, sed quodammodo transire in potestatem patris adoptivi. Accedit, cum ex §. nostro luculenter appareat adoptatum ab extraneo in ejus potestatem non transire, quod *Imperatoris* verba ob istud plusquam perfectum non sint captanda; sed potius mens & voluntas ejus spectanda. *Schamb. hic Zoes. ff. de P. S. n. 1.*

AD V. S I V E R O.

Sequitur nunc II. membrum nostræ

distinctionis, & quaeritur, si pater naturalis filium suum non extraneo, sed aliam ex ascendentibus, v. g. avo vel proavo, materno, vel si ipse pater naturalis est ei adoptatus (aliunde ejus filius in potestate avi est, qui enim in potestate est, aliam in potestate habere nequit, consequenter ad puerum o, us non erit. *Marz. n. 16*) etiam avo vel proavo paterno dederit in adoptionem, quid tunc juris?

*M. J. iserator*, quod transeat non modo in familiam, sed etiam in potestatem adoptantis. Ratio est in textu, quia in hoc casu concurrunt in unam personam, & naturalia & adoptionis jura, adeoque duo vincula, naturale scilicet sanguinis & civile adoptionis, duo autem vincula fortius ligant uno *Marz. n. 15. hic Schmid. hic. n. 2.*

### §. CUM AUTEM IMPUBES 3.

Q. in hoc §. *An infantes, aut impubes adoptari atque arrogari possint?*

De adoptione expediti Juris est, quod etiam infantes in adoptionem dari possint. *L. etiam 42. ff. de adopt.* ratio, quia in adoptionibus non requiritur expressus consensus filii, & sufficit, eum voluntati patris non contradicere. *L. 5. ff. h. t.* nam pater optimum de suo filio consilium videtur cepisse. *L. 3. §. 1. q. de admitt. Inst. & peri. tut. Marz. hic n. 2.*

De arrogatione majus est dubium, & Q. *an impubes arrogari possit?*

De Jure antiquo impubes non poterat arrogari *Harp. num. 2. hic.* Ratio quia in arrogatione, (ut dictum supra) requiritur consensus ex parte arrogandi. *d. l. 5. ff. h. t.* sed impubes cum infirmum sit ejus consilium & nullum animi judicium habeat. *§. 1. Inst. quib. non est perm. ff. suc. testam.* Consentire non pte-

poterat, neque per se, quia pupillus in aetate nec velle nec nolle habet *arg. pupillus* 189 ff. de R. J. Neque per tutorem, quia tutorum non est ea potestas, ut caput liberum fidei suae consilium alienae dationi sine potestati subiciant. *He p. h. n. 2. Al. n. 3.*

Dixi, hoc de Jure antiquo obtinuisse, tum ex constitutione Divi Antonini Praeceptoris permissum fuit ut etiam unumlibes arrogati possint. *Harp. n. 2* luc obervata tamen certa forma & certis conditionibus. Itaque

Ad arrogationem impuberis, requiritur causae cognitio an honesta sit, & excedat pupillo, & quidem quoad honestatem considerandum est, cujus conditionis, qualitatis, & vitae se sit, qui vel impuberem arrogare, nam si sit homo infamis vel sceleris, & velis arrogare honestae familiae Pupillum, hoc non est permittendum. Praeterea inquirendum, an arrogatio non fiat propter turpem amorem, an vero ex honesta paterna affectione. Item an non fiat ex avaritia, ita ut infidiose bona pupilli proptere videatur, non enim cupiditibus, sed iustis affectionibus indulgentum est. *l. 16. ff. de manum. ff. Manz. hic* 1. 10.

Quoad utilitatem considerandum, prae sint pupilli facultates, & quae ejus, qui arrogat, utrum videlicet non magis excedat, quod non arrogetur. *Manz. hic* 1. 11.

II. Ad arrogationem impuberis requiritur, ut hi, qui pupillo sanguine juncti sunt, arrogationem ei expedire afferant. *l. 2. Cod. de adop.* Hi enim non tam acile propter spem successionis consentire praesumuntur, nisi pupillo valde excedat. *Schamb. hic.* Ratio autem quare potius propinquorum consilium & consensus, quam tutorum, horum o-

nium consensus etiam requirunt, *Schamb. hic. n. l. sup. Cod. de aut. praej.* requiratur, esse videtur ista, quia a potestati tutoris onus tutelae subdistingere, & adminiculo arrogationis seu a tutela liberare, ac proinde facile consentire *arg. l. 17. §. 1. ff. h. r. Manz. n. 5.*

III. Requiritur ad arrogationem impuberis, ut fiat Principis Auctoritate, vel per ipsum Imperatorem examinantem *ff. cognoscentem causas* NB quod raro fit; vel facultate arrogandi impetrata ab Imperatore per rescriptum, quo committitur talis cognitio & examinatio alteri judici ordinario, vel cuicumque. Quare autem arrogatio fieri debeat coram Imperatore, & sic cum majori solemnitate quam adoptio, quae coram quolibet Magistratu fieri potest, ratio haec assignatur: quia in arrogatione versatur majus praedictum; cum arrogatus, qui est sui juris, transeat in potestatem arrogantis, cum omnibus suis bonis, quod non est adoptivo; unde cum majus sit periculum, ideo cautius est procedendum. *Schamb. num. 3. hic.*

IV. Requiritur, ut arrogans cautionem praestet, se omnia bona, si arrogatus in impubertate decesserit, restitutum illis, ad quos ea pertentura fuissent, si arrogatio facta non fuisset, sed arrogatus in suo statu mansisset, *text. hic. l. non aliter* 18. ff. h. r.

Q. 1. Quare haec cautio referatur duntaxat ad tempus, quo intra pubertatem decesserit? R. Rationem esse, ne videatur arrogans facto suo propinquos successione sua privare: quod si quis pubertatem excesserit, potest is faciendo testamentum alius bona relinquere, & suos propinquos successione privare. *Schamb. hic. quest. 2.* Aliam rationem reddit *Manz. n. 18.* Quis si impubes arrogatus pubes-

fiat, & advertat, sibi non expedire in arrogatione manere; emancipationem petere potest, quæ causa cognita tribui debet, *L. nonnunquam 32 ff. h. t.* Jam si emancipationem non petat ipse suo facto propinquos successione privat.

Porro in *textu* dicitur, quod cautio debeat fieri *persona publica*, sive ut *Marcellus in L. 18 ff. h. t.* loquitur, servo publico; qui autem talis olim fuit, vide *Atius in l. 19. ff. de sep.* Hodie ita cautio Notario publico præstanda *Atius in l. 21 ff. Harp. n. 6.*

#### AD V. ITEM NON ALITER.

Q. *An arrogator possit impuberem arrogatum emancipare?* R. posse ipsum emancipare, n. odo, causa cognita, emancipatione dignus visus fuerit, *text. hic.* Et si causa iusta sit emancipandi, potest eum emancipare, sed tenetur ei omnia bona ad se translata reddere *text. hic.* Si ita autem causa est v. g. si arrogatorum *vere infirmior*, *Manz. n. 29.*

Quod si autem arrogator eum sine iusta causa emancipaverit, vel etiam exheredaverit: tunc præter bona, quæ arrogatus ad patrem arrogantem transtulit, & præter commoda & fructus, quæ Patri ex illis bonis advenierunt, tenetur ipsi quartam partem suorum propriorum bonorum relinquere, *text. hic ff. in l. ult. ff. si quis in fraud. Credit. Manz. n. 31. ff. 32.*

Notandum autem hic est, quod vigore *textus relinquere* teneatur: ex quo sequitur, quod ista quarta non nisi defuncto arrogatore peti possit, quia relinquere pertinet ad ultimas voluntates. *l. 1. ff. de tabul. exhib.* Deinde ista quarta debetur ad modum legitimæ, quæ à vivente non debetur *l. 1. §. 21 ff. de colat.* Denique in *l. fin. ff. Si quis in fraud. Cred.* expresse statuitur, iniuste eman-

cipato deberi quartam ex bonis, quæ mortis tempore adoptantis fuerunt. Luce ergo mercediana clarior est, quartam impuberi arrogato & iniuste emancipato non deberi, nisi defuncto arrogatore. *Schamb. luc. q. 3. Manz. n. 34.*

Q. 11. *An quarta illa sit omnium bonorum, an portionis ab intestato debita?*

CASUS QUESTIONIS EST TALIS.

Trias habens tres filios, & in bonis duodecim milia, arrogat Cajum impuberem, & hunc sine iusta causa exhereditat.

Questio est, an Cajus accipiat quartam omnium bonorum, i. e. ex duodecim milibus tria milia, an verum unum mille i. e. quartam legitimam, quæ in casu, quo adfuit tres vel quatuor liberi est triens sive quatuor uncie. R. Esse omnium bonorum.

Ita docent *Clariff. D. D. Franz. Inst. b. t. n. 10. Harp. Inst. hic. n. 9. Huc ad Treutl. vol. 1. disp. 2. th. 9. q. 37. Lud. vel Inst. hic. Arona. exercit. 2. th. 19.*

Dissent *Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 2. th. 9. lic. E. Zoef. ff. de adopt. n. 11. Schamb. §. 3. q. 4. hic. Vin. n. 3.*

Ratio I quia *textus §. 3. Inst. h. t.* indistincte loquitur dicendo: *impuberi quartam partem bonorum relinquere.* Quæta *textum* inique ad partem portionis ab intestato debite restrinxeris.

Ratio II. quia arrogato impuberi debetur quarta ex illis bonis, quæ tempore mortis fuerunt arrogantis, *L. ult. ff. si quis in fraud. patron. his verbis: constitutione Brui in cautetur de impubere, ut ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptavit, pars quarta ad arrogatum pertineat.*

Ob. I. Arrogatus non debet esse melioris conditionis, quam filius naturalis, &

& legitimus simul; atqui esset melioris conditionis, qui filio naturali, & legitimo tantummodo deberet quarta portionis ab intestato debita, ergo. R. tametsi arrogatus melioris conditionis habeatur, quam natura is & legitimus simul; id tamen absurdum non esse, tum quia arrogatus patri caput & fortunas suas attulit, naturalis vero & legitimus, neque caput, neque fortunas aliquas tulit; tum quia Pater arrogatum non invitavit, sed volens in numerum suorum liberorum assumpsit, ac proinde coerendus est, si filium arrogatum sine ulla causa, vel exheredet vel emanipet.

*Ob. II.* Si quinque arrogentur, non potest quilibet quartam omnium bonorum acquirere, ergo quarta Piana non est quarta omnium bonorum, sed quarta tantaxat quartæ. R. Numquam admittitur, ut quinque impuberes arrogentur.

*Ob. III.* L. 6. Cod. de inoff. testam. ubi quarta naturalibus & legitimis debita etiam appellatur quarta bonorum, & amen nemo dixerit, esse quartam omnium bonorum; ergo licet quarta Piana ocetor quarta, non tamen sequitur, sic omnium bonorum. R. Ex aliis rebus luculenter constare, quartam libentis naturalibus & legitimis debitam, esse quartam portionis ab intestato debitæ, cuius in nostro casu.

#### §. MINORUM 4.

**I**N hoc & seqq. §. incipit Imperator declarare, quanam adoptare possint, & quanam adoptare liceat. Et imprimis id; quod natu minor non possit adoptare natu majorem. Ratio est in textu: nam adoptio naturam imitatur; atque natura pro monstris est, ut major sit ius, quam pater; ergo id etiam in adoptione debet considerari. Debet ita-

que adoptans adoptando maior esse. & quidem plena pubertate i. e. 18. annis text. hic. Et L. arrogato 40. §. 1. ff. h. t.

*Dices:* Potest quis generare, & pater esse ante annum decimum octavum, ergo etiam poterit quis adoptare ante annum 18. R. cont. ont. neg. conf. licet enim quis anno decimo quarto generare possit, rarius tamen id contingit; iura autem ad ea, quæ sunt frequentiora, attendere, patet ex L. 3. Et. 4. ff. de leg. Schamb. hic. Harp. rationem differentia assignat Marez n. 9. atque ait, adoptionem esse odiosam, & damnosam reipubl. quia immittit splendorem familiarum, ac proinde ad plenam pubertatem resistendam; contra vero matrimonium, per quod civitas liberis repletur, reipubl. perquam utile esse, ac proinde magis favorabile.

*Q. An ergo is qui triginta annorum est, poterit adoptare eum qui decem annorum est? R. negative:* Quia 60. annis minor regulariter adoptare non potest L. §. pater 15. §. 2. ff. h. t. ratio ibidem redditur, quia potius liberorum procreationi studere debet. Si vero iusta causa subsit, forte quod morbus aut valetudo in causa sit quo minus liberorum procreationi studere possit, adoptare permittitur. d. l. 15. §. 2.

#### §. LIGHT AUTEM 5.

*Q. In hoc §. utrum liceat adoptare tantum in locum filii, an vero etiam in locum nepotis?*

R. Omnis, non tantum in locum nepotis vel nepotis, sed etiam pronepotis vel proneptis adoptare licere. ratio, quia non generamus tantum filios, verum etiam nepotes. Ratio alia, quia varii sunt affectus hominum, & contingere potest, ut quis libentius vellet habere nepotem, quam filium; forte quia nepos ip-

si mortuus est, quem valde diligebat, in cuius locum & memoriam libenter vellet alium substituere: vel quia tam provectus ætatis est, ut malis avus, quam pater nuncupari; si enim dulce est nomen filiorum, quanto dulcius est soni nomen nepotum! *Manz. hic. n. 1. § 2. Sed*

Q. quid si aliquis filium non habeat, potestne tamen aliquem in locum nepotis adoptare?

Dixeris, quod non. Ratio: quia adoptio imitatur naturam; atqui secundum naturam nepotem habere nequit, qui filio & filia caret, cum deficiente causa, deficiat effectus; ergo etiam secundum adoptionem nepotem habere nequit.

Verum hoc non attendo. R. *Imperator*, quod liceat in locum nepotis adoptare, quamvis filium quis non habeat; ratio est, quia forte in favorem eorum qui parent soboleis receptum est. *Manz. n. 5.*

Ad rationem dubitandi responderi potest, quod adoptio imitetur naturam in casibus expressis; vel potius in us, ubi non est expressum contrarium, omnis enim similitudo claudicat. *Schaub. § Manz. hic.* Accedit, quod licet aliquis de facto filium non habeat, potuerit tamen unum habuisse, qui deinde vel emancipatus est.

At *reperi*. Ut secundum naturam possim habere nepotem, debuit filius intermedius extitisse; ergo etiam ut possim habere nepotem adoptivum, debuit filius intermedius extitisse: quod si intermedius non extiterit filius, in locum nepotis aliquis adoptari non potest. R. Hoc in casu fingi filium intermedium extitisse, & hoc propter favorem propagandæ familiæ. l. 37. § l. 43. ff. b. t. *Harp. n. 4.*

Deinde accedit, quod is, qui uxorem

non habet, possit adoptare. l. 30. ff. b. t.; ergo adoptio non in omnibus imitatur naturam, quia sine uxore naturaliter liberos non possumus habere. *Manz. num. 7.*

*Dissert.* Duxit fictiones circa unam eandemque rem concurrere non possunt, atqui hic concurrent. fingitur enim quis habere filium, & nepotem. R. I. Dux fictiones circa unam eandemque rem non posse concurrere, si sit idem subiectum; hic autem duo subiecta sunt, filius & nepos. R. II. *Antecedens* verum esse, nisi expresse contrarium in iure reperitur statutum, sicuti in hoc §. nostro. *Manz. n. 10. § Harp. n. 3.*

### §. ET TAM 6.

In hoc §. proponitur talis casus: quidam habet filium & nepotem-ego cupio illius filium adoptare in locum mei nepotis, vel nepotem ejus in locum mei filii: quaestio est, an hoc facere possim? deciditur, quod sic: Ratio; quia spectatur in his omnibus, quid naturæ conveniat, & quid fieri possit: atqui secundum naturam bene fieri potest, ut unus & idem sit filius & nepos: filius quidem respectu patris, nepos respectu avi: ergo etiam bene fieri potest, ut aliquis respectu patris naturalis sit filius, respectu adoptantis sit nepos, vel rota versa, p. l. citare *Manz. hic. n. 2.* ubi plura magis subtilia quam utilia circa hunc §. scribit.

### §. SED SI QUI 7.

Casus hujus §. talis est: Quidam habet filium vel naturalem vel adoptivum, & vult deinde aliquem loco nepotis, quasi ex filio genitum adoptare quaestio est, utrum id libere facere possit, nec ne? R. quod hoc non aliter fieri permittatur, quam si filii consensus accesserit. Ratio est

est in *testu*, ne ei invitus suus hæres agnoscat; futurum enim est, ut nepos adoptatus post avi obitum recidat in filii tanquam patris sui potestatem, adeoque suus invitus illum sic heredem suum habiturus. Itaque cum isthæc res in filii præjudicium vergat, non immerito ejus consensus requiritur. Ipsi enim rationi naturali, & æquitati consentaneum est, ut id, quod geritur, approbetur ab his, quorum interest. *Harp. inc. & Manz.*

Contra vero avus nepotem ex filio in adoptionem dare potest, absque eo; quod consensus filii adhibeatur, quia prædicta ratio cessat: nepos enim non solum non sit suus, sed pater suus esse desinit, quia in alienam potestatem transiit, si avo materno in adoptionem deur. *Manz. & Harp. loc. cit.*

#### §. IN PLURIMIS 2.

**Q**uoniam in hoc §. in quo arrogatus comparatur filio naturali, & an arrogatus sive ab ascendente adoptatus in adoptionem alteri dari possit? & *Imperator* in plurimis comparari, puta I. quoad patriam potestatem; arrogatus enim & adoptatus ab ascendente æque subicitur patriæ potestati, quam naturalis. II. æque succedit. III. sicut filius naturalis alteri in adoptionem dari potest, ita etiam arrogatus & adoptatus ab ascendente. Contra vero adoptatus ab extraneo, alteri in adoptionem dari non potest. *Ratio*: quia in adoptantis potestatem non transit, ergo alterius potestati subicere non potest, nemo enim potest plus juris in alium transferre, quam ipse habeat. *L. 11. ff. de R. J. sp. 79. de R. J. in 6. Manz. hic. & Schamb.*

#### §. SED ET ILLUD 9. CUM SEQ.

**N**olo operam ludere, explicando seqq. §§. tum quod abunde eorum intelligentia haberi possit ex *Manz. Harp. & Schamb.* tum etiam, quia nihil in iis dignum notatu occurrit. Cæterum

*Controversia* non ignobilis est, tribuaturne adoptio nobilitatem, ita ut, si homo plebejus adoptetur à nobili, efficiatur nobilis? In gravissima hac concertatione triplex est *D D* sententia.

I. *Affirmat*, tamque suò suffragio dignantur *AA*, & auctoritate sua, & doctrinæ soliditate non potremi, quos inter solis instar eminet *Bachov.* vol. 2. disp. 1 §. thes. 5. lit. C. *Glabbe Seel.* quest. p. 1. q. 1. *Arumæ exercit.* 2. thes. 21. *Hann. var. resolut. lib. 1. tract. 3. pag. 214. q. 23.*

II *Distinguit*, ac temperamentum adhibet, genus a gente discernendo, i.e. distinguit inter nobilem ex privilegio, & nobilem ex origine; & sic dicunt, si genus i.e. nobilem ex origine species, non fiet nobilis, si gentem i.e. nobilem ex privilegio, fiet, adeoque gentem, seu jura familie, volunt per adoptionem, tribui, non vero genus, quia hoc à natura est. *Schamb. §. ult.*

III. Sententia magistraliter *negat*, adoptionis perfecta tribui nobilitatem. *Schamb. loc. cit. Harp. eod. §. ult. hic. num. 5.*

Priusquam harum opinionum fundamenta adornem, sciendum est, non hic quæstio rotari de adoptione imperfecta, sive ab extraneo facta, cum enim quis per hanc nec familiam, nec in potestatem transeat, in confesso est, nec nobilitatem consequi, nec etiam *quæstio* est de adoptione ab ascendente per lineam paternam facta, cum aliis in ejus existat potestate, juraque habeat; sed quæstio est, vel de arrogatione, vel



adoptione, ab avo materno facta, & Quam ex patre in nobili natus, & ab avo materno nobili adoptatus, siam nobilis?

*Argumentum* his fundamentis nititur.

I. Ex l. 32 ff. de rit. nupt. ubi dicitur, quod libertinus ab ingenuo adoptatus, a nobili nascitur, ergo etiam per hunc adoptatus a nobili iura nobilitatis obtinebit.

II. Adoptio tribuit dignitatem patri adoptivi l. 13. ff. b. t. l. 5. 10. ff. de senatoribus; ergo etiam nobilitatem.

III. Per adoptionem acquiruntur iura consanguinitatis l. 15. 44. ff. hoc t. ergo & nobilitas, quæ ex sanguine descendit.

IV. Si femina plebeia ducatur à nobili, efficitur nobilis. l. 13. Cod. de dignit. ergo etiam si plebejus adoptatur à nobili, efficitur nobilis, quia transit in familiam matris; ergo etiam idem adoptatus efficitur nobilis, quia transit in familiam sui patris adoptivi.

V. Adoptio imitatur naturam & tantum juris tribuit, quantum habent liberi naturales & legitimi simul, sed hi sunt iure natiuitatis nobiles, ergo etiam adoptatus iure adoptionis nobilis efficitur.

12 Verum licet speciosa videantur hæc fundamenta, me tamen non movent, ut in affirmativam condescendum, proinde negativam insistero, seneo, per adoptionem nobilitatem non tribuit.

Moveor I. Efficaci & solida ratione; quia alias in cuiuslibet arbitrio foret ac potestate, aliquem nobilitandi, quæ tamen prerogativa solum Princeps pollet, Harp. loc. cit. num. 10. Accedit: quod adoptio sit modus acquirendi patriam potestatem, non nobilitatem Scharb. loc. cit. vers. quarta ratio est.

Moveor II. Ex l. 23. ff. b. t. ubi dicitur: adoptio enim non ius sanguinis, sed

agnationis parit. Jam sic arguo: adoptio non tribuit sanguinem, ergo neque nobilitatem, nobilitas enim ex sanguine parentum æstimatur, ex eo scilicet, quod boni ex bonis, fortes ex fortibus procreari præsumantur, quem affectum sanè adoptio non tribuit.

Moveor III. Filius adoptivus patri in fundo non succedit cap. 1. §. adoptivus lib. 2 feud. tit. 26 ergo probabile, quod non fiat nobilis: cum nobilibus plerumque feudis dentur. Scharb. loc. cit. Confirmatur. Idem adoptivus à nobili in feudum non succedit, quia non debet in Vasalli potestate esse per filios communitatis, ac fideles dominum ac agnatos suo iure privare, ac in feudis suis præjudicare, atqui etiam Principi in prerogativa nobilitandi præjudicari non debet. Haun. loc. cit. in fine.

Moveor IV. per l. ult. ff. stat. hom. ubi Libertinus ab ingenuo adoptatus non sit ingenuus his verbis: Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patrum ingenuum facere potest. Ergo neque adoptatus à nobili.

Moveor V. hoc argum. Vel enim consideramus nobilitatem ob innatam ad præclarè agendum virtutem, vel ob naturam, sicut nunc maximè æstimatur. l. Nobilitas 3. Cod. de commercio & Mercat. Atqui adoptio nec virtutem arguantis cum sit habitus, qui evelli non potest, nec sanguinem, cum tantum ius agnationis adierat, d. l. 23. ff. b. t. tribuit; ergo neque nobilitatem, quia non tribuit id, ex quo nobilitas æstimatur. Harp. n. 8.

Ad I. Aliud esse iura, sive privilegia ingenuorum consequi, aliud esse fieri ingenuum. Possis sane privilegiis nobilium gaudere, sed qui te nobilem esse dixerit?

Ad II. Dico, dignitatem à nobilitate separ.

separandam esse, sanè poteris esse in Senatorum dignitate constitutus, & tamen nobilis non esse, quia non dignitas tribuit nobilitatem, sed Imperator speciali rescripto eam impertitur.

Ad III. Repono, licet adoptatus dicatur fieri cognatus patris adoptivi, id tamen tantum intelligendum est de *cognitione legali*, non naturali; at legalis cognatio nobilitatem non tribuit, nobilitas enim ex sanguine æstimatur. *Harp. n. 13.*

Planè adoptione Jura naturalis consanguinitatis non tribui, vel ex eo patet, quòd aliàs in pluribus gradibus matrimonium dirimeret, nec filius adoptivus solutà per emancipationem patrià potestate, filiam naturalem ducere posset, ut docet *l. 17. ff. de ris. nups.*

Ad IV. Retundo hoc speciale esse in matrimonio propter favorem conjugii, & insuper id in Jure expressum esse, adeoque ad consequentias non producendum, per *l. 14. ff. de LL. quod contra rationem juris receptum est, ad consequentias non est producendum*. Deinde auctoritate Principis non tam multum præjudicatur per hoc, quòd matrimonium cum nobili à

fœmina contractum nobilitatem operetur, cum personà extinctà, & illa pereat, quòd secus est in filio adoptivo, per quem nobilitas propagatur. *Harp. n. 14.*

Ad V. Facilis est responsio, adoptio enim imitatur naturam quoad effectum patris potestatis, *conc. quoad alia*, quæ solus Princeps largitur, *neg.*

Proinde qui adoptare aut arrogare, & simul arrogatum nobilem fieri cupit, à Principe nobilitatem obtineat necesse est. *S. hamb. in fine htc.*

Adoptioni non dissimilis est recepta<sup>14</sup> passim hodie in Germania unio prolium, *de Einkindschaft*, quæ est pactum inter parentes, eorumque ex diverso matrimonio utrinque susceptos, & suscipiendos liberos, præsupposito filiationis Jure de mutua invicem successione coram ordinario loci Magistratu, cum causâ cognitione, adhibitis iis, quorum interest, & actis intervenientibus ritè rectèque initum *Schamb. hic in fine*. plura de unione proli vide apud *Gail. lib. 2. obs. 125. Harp. n. 15. ult. de adopt.*

## TITULUS XII.

## QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ

## POTESTATIS SOLVITUR.

## SUMMARIÀ.

## 7 Monachismus an solvat patriam potestatem?

- 1 Mors naturalis solvit patriam potestatem.
- 2 Nisi sint recasuri in alterius potestatem.
- 3 Item mors civilis eandem solvit.
- 4 Relegatio non etiam.
- 5 Doctores an patriam potestatem solvant?
- 6 Emancipatio quid sit, & quotuplex?

**H**ucusque visum est, quibus modis patria potestas acquiratur. Jam vero, cum nihil sub sole tam firmum sit, quin quandoque rumpatur, videndum erit, quibus modis patria potestas dissolvatur.

## A D V E R S. H I V E R O.

**M**odus, quod patria potestas solvitur, est *mors naturalis*; *text. hic ratio*, quia mors omnia solvit, Nov. 22. *cap. 20.* & mortuo patre omnia, quotquot ei subiecta fuerunt, capita nomen *patrumfam.* subeunt, sui que juris sunt l. 195. §. 2. ff. de V. S. Vinn. Inst. hic. *Dicit.* Mors est facti, patria potestas est juris, atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris. l. 27. §. *postul.* ff. de *post.* ergo &c. *Re. diff. mi.* atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris, nisi sint jura personalia, quæ cum persona extinguuntur. *concl. si sint jura personalia. neg. mi. Et conseq. Manz. n. 5. Harp. n. 7. hic.*

## A D V E R S. S E D I T A.

**D**icta, quod morte naturali solvatur jus patris potestatis, procedunt, nisi liberi post mortem patria in alterius potestatem sint recasuri. Hinc si avus, qui nepotes in sua potestate habuit, moriatur, hi non efficiuntur sui juris, sed in patris sui potestatem recidunt, si hic adhuc vivat: cessat enim causa, propter quam pater, qui ipse in potestate fuit, suos liberos in potestate non habuit.

## §. C U M A U T E M. I.

**II.** Modus, quod solvitur patria potestas est *mors civilis*, quæ per maximam & mediam capitis diminutionem contingit, *ratio*, quia, per mortem civilem aliquis amittit communionem juris civilis. *Manz. hic.* Planè, si deportatus à Principe restituatur in integrum, recipit potestatem patriam, dummodò restitutio sit plenissima, nam restitutio generalis penam quidem remitti tacet, non verò restdi potestatem patriam. *text. hic. l. 1.*

*Et 2. Cod. de sentent. pass. Et resp. Clariss. D. D. Franz. n. 4. hic.*

## §. R E L E G T I. 2

**R**elegatio (*Die Landi Verweisung*) : nupote quæ non tollit jura civitatis, non etiam dissociat patriam potestatem. *text. hic.*

## §. P O E N E 3.

**Q**ui servus pœnæ sit, hoc est, in metallum fodiendum, vel ad pugnandum cum bestis condemnatur, amittit patriam potestatem, quia patitur maximam & mediam capitis diminutionem. *text. hic.* Huic pœnæ similis est condemnatio ad treemes. *Carpoz. p. 3. q. 129. n. 8.*

## §. F I L I U S F A M. 4.

**O**lim neque consularis, neque militaris, neque episcopatus. l. ult. *cod. de Consul. l. 34. Cod. de Episcop. Et Cler.* Sed sola patricius dignitas à nexu potestatis patriæ eximebat. *text. hic.*

Hodie verò non tantum patriciatus, sed Episcopatus, consularis, militaris, & alie plures quæ in Nov. 81. §. *Et auctor.* Sed Episcopalis *Cod. de Episcop. Et Cler.* recententur dignitates, imò omnes, quæ à civili conditione aliquem liberant. Nov. 70. §. *l. ult. Cod. de Decurion.* dissolvunt patriam potestatem. *Harp. n. 3. hic Berch. p. 2. Concl. 11.*

**Quæstio I. Libertine Doctores ut à potestate patriæ?** *Re. l.* Satis certum esse, Doctores, qui agunt professores publicos, & in Academiis publicè leges docent, ac profitentur, liberari à nexu potestatis patriæ; *ratio*, quia teste Nov. 81. *cap. 1. §. 1.* omnes illi à patria potestate immunes asseruntur, qui immunes sunt ab oneribus curiæ; sed professores publici sunt immunes ab oneribus curiæ.

*L. 6. Cod. de Profess.* ergò *§. 11.* Communi DD. calculò obtinere, etiam el quos Doctores à nexu patriæ potestatis liberat. Ita testatur. *Berlich. loc. cit. §. 3. Putejus Inst. lit. n. 6. Cardinal. Tschirn praef. conclus. lit. D. Conclus. 49.*

Katio est, quia hodie omnis dignitas xmit à patria potestate, *d. Nov. §. 1. c. §. 1.* Sed Doctoratus est dignitas *l. 4. §. 1. ff. de excus. tut. §. l. 7. Cod. de po. ul.* ubi Doctores nobilissimi vocantur. *§. l. 2. §. 9. Cod. de ver. Jur. enucl.* ubi gregii & iustites nuncupantur. *Myns. not. 4. obf. 31. Stephan. de Jurisf. lib. 3.*

*2. cap. 14. n. 93.* ubi ait: quòd in ppetual Camera Doctores & Nobiles tribus fruuntur stipendiis, iisdemque em vestitus concedatur, qui Nobilitas. *Polcey Ordnung. 1577. ut 2. Illu. ff. D. L. B. ab Audiern. Jurisprud. quò obicà ptoat l. 1. tit. 2. p. 2. n. 27. ; et Doctoratus eximit potestate patria.*

Dissent. *Clariff. D. Doct. Franz. loc. num. 7. Harp. loc. n. 7. Schneid. n. 5. iam.*

#### §. SI AB HOSTIBUS. §.

*7. Modus, quò solvitur patria potestas, est captivitas, per quam tamen tam dirimi, quàm suspendi, & stali liberorum dubius effici dicitur. Vel n pater severitor, vel apud hostes edir. Priori casu recipit patriam potestatem, ac fingitur jure postliminii semini civitate fuisse. Posteriori casu adiculus legis Corneliae fingitur eo motu decessisse, quo captus fuit, rex. huc die capti apud Turces apud nos servis non habentur. *Manz. n. 19.**

lis patriæ potestatis relaxio,

Dividitur in *legitimam*, *Anastasia-*  
*niam*, & *Justinianam*. Legi ima est, quæ olim per imaginarias venditiones celebraretur, & ista ob duras solemnitates quibus obnoxia erat, in desuetudinem abiit.

Anastasia est, quæ per imperatorem rescripti Principis fiebat *l. §. Cod. h. t.*

Justiniana, quæ coram quocunque competente Magistratu contingeat *l. pen. Cod. cod.* Hodie secundum consuetudinem universæ Europæ emancipatio tacita intervenire censetur, si filius separatim habitare, res suas sibi gerere, ac proprium focum & mensam habere incipiat. *Manz. n. 21. hic Berlich. p. 2. concl. 11. n. 33. Gomez. var. resolut. tom. 1. c. 11. n. 34. & plures ab his longâ serie recensiti.*

#### §. ADMONENDI. 7.

Si quis habent plures liberos in potestate, v. g. *filium & ex eo nepotem*, tunc poterit pro libitu emancipare potestatem quem velit etiam nepotem retento filio in potestate, & econtra filium retento nepote; ratio, quia quisque jure suo uti potest.

#### §. SED ET SI. 8.

VII. Modus, quò patria potestas solvitur, est *adapto perfecta*, quæ ab ascendente aliquo v. g. *avo materno* facta est, per quam tamen patria potestas non tam solvitur, quàm potius transfertur.

#### §. ILLUD. 9.

Si nepos nascatur ex emancipato filio, in cujus erit potestate? n. si est conceptus ante emancipationem, erit in potestate avi, si post, erit in potestate filii;

#### §. PRÆTEREA. 6.

I. Modus, quò patria potestas solvitur, est *emancipatio*, quæ *desinitur*, quòd

In his enim, qui nascuntur ex thoro legitimo, inspicimus tempus conceptionis. *L. 14. de adopt. L. 19. ff. de iur. hom. Perez. Inf. huc.*

### §. ET QUIDEM FIN.

Hic nihil aliud deciditur, quam quòd pater invicem cogi non possit emancipare suos liberos; correlativorum enim eadem est natura; sicut ergò pater filium invicem emancipare non potest. *auth. generaliter Cod. de natural. lib. Ita quoque invicem pater cogi non potest, ut filium emancipet. d. l. 31. ff. de adopt. l. 4. C. de emancip. Gaul. 2. obs. 17. num. 5.*

### 7 Quæstio II. An per Monachismum sol-

vatur patria potestas? *R.* in eam communi harmonia DD. condescendere sententiam, in utilibus, & iis, in quibus religioni prodest patria potestas, eam non solvi, in damnosis verò, h. e. in quibus patria potestas religioni non prodest, dissolvi; ratio prioris est, ne, quòd in commodum religionis est introducendum, detorqueatur in ejus detrimentum contra *l. 6. Cod. de LL. cap. 61. de R. J. in 6.* Ratio posterioris, quia professus in Abbatis potestatem transit, ut proinde nequeat in duplici potestate existere. *Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 3. n. 20. in fine Clariss. D.D. Franz. Inf. hic. n. 5. Giesle offer. Jurid. 23.*

## TITULUS XIII. DE TUTELIS.

### S U M M A R I A.

- 1 Definitor tutela.
- 2 Verba Vis ac potestas quò referenda sint;
- 3 Tutela quomodo differat à curatela;
- 4 Tutela triplex est.
- 5 Tutorem quis testamento dari possit?
- 6 Mater an testamento rectè tutorum det?
- 7 Pater filio naturali non potest tutorem dare.
- 8 Filio exheredato rectè datur.
9. Item posthumus.
- 10 Tutela Electoralis testamento alii quam seniori agnato rectè deferatur.

### C O N N E X I O.

Postquam dispeximus de personis alieno juri subjectis, puta, de servis & filiis familias, agendum superest de

personis, quæ sui juris sunt, quarum aliæ sub tutela, ut pupilli sive impuberes, aliæ sub curatela, ut adulti & minores, aliæ neutro jure tenentur.

In hoc autem & seq. tit. Imperator de iis duntaxat personis agit, quæ sub tutela & cura sunt; sic enim inquit ille, cognoscemus, quæ neutro jure teneantur, contrarium enim est ea natura atque indoles, ut uno cognitò, noscatur & alterum. *Princip. Inf. h. 1. §. l. 1. ff. de his. qui sui vel alien. jur.*

Dicas. Tutela est munus publicum *arg. l. 9. ff. ad.* ergò malè hoc loco agitur de tutela, vel falsò dixit Imperator in §. 4. *Inf. de J. §. l.* quòd in Institut. de jura velit duntaxat privato agere. *R.* Tutela est munus publicum autoritate, h. e. nemo potest tutorem dare, nisi cui id lex permittit. *conc. ant.*, utilitate, *nego ant.* & *conseq.* pertinet enim ad utilitatem priva-

privatorum, Schambog. & Manz. hic.

### §. EST AUTEM I.

<sup>1</sup> Tutela à tuendo dicta concinnè describitur, quod sit *vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per atatem se ipse defendere nequit, jure Civili data ac personis*. Concord. N. O. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 1. §. 1.

Dicitur 1. *Vis ac potestas*; Alii legunt *vis ac potestas*. Sed contra est I. quod in pandectis Florentinis quæ sunt correctissimæ, legatur *Vis ac potestas*. Contra est II. quod in §. 2. h. 1. tutor definitur, qui tam vim ac potestatem habet, Haemmel. tract. 4. de J. & J. c. 4. Consrou. I. n. 223.

<sup>2</sup> Sed quid significant verba *Vis ac potestas*? varii varie explicant, communior est expositio, quæ statuit esse Synonyma, & ideo conjuncta, ut significetur tutelam non esse quancumque, sed potestatem vehementem, magnam & efficacem, & velut portionem patris potestatis, quæ tutori liceat pro autoritate quid statuere, facere, disponere, tum circa personam, tum circa res pupilli, Clariss. D. Franz. Inst. h. t. n. 2.

Dicitur 2. *in capite libero*. Hic rhodus, hic saltus; vehementer enim se torquent. D. D. quo referenda sint hæc verba an ad tutorem, an ad pupillum, an vero ad utrumque.

Ad pupillum referenda docent Beckov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. ab. 1. lit. C. Schuetz. n. 3. Inst. h. t.

Movetur hæc ratio, quia pupillus debet esse liber respectu patris & dominicæ potestatis, cum filiusfam. regulariter tutorem habere non possit, est enim officium patris, ne filium indefensum obliquat. Manz. n. 4. hic, nec servus habere potest tutorem, cùm existat in potestate dominicæ. Mynsing. Inst. hic. n. 3.

Ad tutorem referunt Schamb. Inst. hic. Zoesf. ff. de tutel. n. 1. Clariss. D. Franz. Inst. hic n. 3.

Movetur I. Quia tutela, ut pleræque in jure nostro, est relatio quædam, nempe respectus tutoris ad pupillum, & tota verba; ergo debuit definiti per fundamentum, & terminum suum, cum relatio juxta R. R. nihil aliud sit, quam fundamentum, & terminus simul sumpta, ergo per tutorem tanquam fundamentum, & per pupillum tanquam terminum. Si hoc? ergo per verba *in capite libero* debet intelligi tutor, cum per seqq. satis exprimitur pupillus.

II. Si per verba *in capite libero* intelligatur pupillus, definitio evaderet tautologica, hoc est, idem nempe pupillus bis poneretur in definitione, semel ibi: *in capite libero*. & iterum ibi: *qui per atatem se ipse defendere nequit*. Quid a bonæ definitionis alienum foret.

III. Si verba *in capite libero* referenda essent ad pupillum, deberent in seqq. dici *ad tuendum se*, juxta naturam reciprocorum; atque dicitur *ad tuendum eum*: ergo verba *in capite libero* non ad pupillum, sed ad tutorem referenda sunt.

Ad utrumque referunt, Manz. n. 4. Humm. va. resolut. lib. 1. tract. 4. q. 2.

Movetur hoc solò, sed solidò argumento, quia in utroque tam pupillo, quam tutore requiritur, ut sit caput liberum.

Ex parte tutoris idèd, quia tutela est juris civilis an civium Romanorum propria text. in verbis *jure civili data*. Atque servus juris communionem non habet, imò quod ad jus civile attinet, pro nullo habetur. L. 32 ff. de R. J. Imò quod servus tutor dari nequeat, disertè statuit L. 22. ff. de testam. tut., ergo verba *in capite libero* ad tutorem commodè referuntur.

si mortuus est, quem valde diligebat, in cuius locum & memoriam libenter vellet alium substituere: vel quia tam provecitæ ætatis est, ut malit avus, quam pater concupari; si enim dulce est nomen filiorum, quanto dulcius est soni nomen nepotum? *Manz. hic. n. 1. § 2. Sed*

Q. quid si aliquis filium non habeat, potestne tamen aliquem in locum nepotis adoptare?

Dixeris, quod non. Ratio: quia adoptio imitatur naturam; atqui secundum naturam nepotem habere nequit, qui filio & filia caret, cum deficiente causa, deficiat effectus, ergo etiam secundum adoptionem nepotem habere nequit.

Verum hoc non attendo. R. *Imperator*, quod liceat in locum nepotis adoptare, quamvis filium quis non habeat; ratio est, quia forte in favorem eorum qui carent sobole id receptum est. *Manz. n. 5.*

Ad rationem dubitandi responderi potest, quod adoptio imitetur naturam in casibus expressis; vel potius in us, ubi non est expressum contrarium, omnis enim similitudo claudicat. *Schamb. § Manz. hic.* Accedit, quod licet aliquis de facto filium non habeat, potuerit tamen unum habuisse, qui de iunctus vel emancipatus est.

At *regeres*: Ut secundum naturam possim habere nepotem, debuit filius intermedius extitisse; ergo etiam ut possim habere nepotem adoptivum, debuit filius intermedius extitisse: quod si intermedius non extiterit filius, in locum nepotis aliquis adoptari non potest. R. Hoc in casu fingi filium intermedium extitisse, & hoc propter favorem propagandæ familiz. l. 37. § l. 43. ff. b. t. *Harp. n. 4.*

Deinde accedit, quod is, qui uxorem

non habet, possit adoptare. l. 30. ff. b. t.; ergo adoptio non in omnibus imitatur naturam, quia sine uxore naturaliter liberos non possumus habere. *Manz. num. 7.*

*Injistes.* Dux fictiones circa unam eandemque rem concurrere non possunt, atqui hic concurrent: fingitur enim quis habere filium, & nepotem. R. I. Dux fictiones circa unam eandemque rem non posse concurrere, si sit idem subiectum; hic autem duo subiecta sunt, filius & nepos. R. II. *Antecedens* verum esse, nisi expresse contrarium in jure repariatur statutum, sicuti in hoc §. nostro. *Manz. n. 10. § Harp. n. 3.*

#### §. E T T A M 6.

In hoc §. proponitur talis casus: quidam habet filium & nepotem: ego cupio alius filium adoptare in locum mei nepotis, vel nepotem ejus in locum mei filii: questum est, an hoc facere possim? deciditur, quod sic: Ratio; quia spectatur in his omnibus, quid nature conveniat, & quid fieri possit: atqui secundum naturam bene fieri potest, ut unus & idem sit filius & nepos: filius quidem respectu patris, nepos respectu avi: ergo etiam bene fieri potest, ut aliquis respectu patris naturalis sit filius, respectu adoptantis sit nepos, vel *rota versa*, si cetero *Manz. hic. n. 2.* ubi plura magis siutilia quam utilia circa hunc §. scribit.

#### §. SED SI QUIS 7.

Casus hujus §. talis est. Quidam habet filium vel naturalem vel adoptivum, & vult deinde aliquem loco nepotis, quasi ex filio genitum adoptare questum est, utrum id *libere facere possit, nec ne?* R. quod hoc non aliter fieri permittatur, quam si filii consensus accesserit. *Ratio* est

est in *testa*, ne ei invitus suus hæres agnoscatur; futurum enim est, ut nepos adoptatus post avi obitum recidat in filii tanquam patris sui potestatem, adeoque filius invitus illum sit hæredem suum habiturus. Itaque cum isthæc res in filii præjudicium vergat, non immerito ejus consensus requiritur. Ipsi enim rationi naturali, & æquitati consentaneum est, ut id, quod geritur, approbetur ab his, quorum interest. *Harp. hic. Et Manz.*

Contra vero avus nepotem ex filio in adoptionem dare potest, absque eo; quod consensus filii adhibetur, quia prædicta ratio cessat: nepos enim non solum non fit suus, sed potius suus esse desinit, quia in alienam potestatem transit, si avo materno in adoptionem datur. *Manz. Et Harp. loc. cit.*

#### §. IN PLURIMIS §.

**Q**uod in hoc §. in quo arrogatus comparatur filio naturali, & an arrogatus sive ab ascendente adoptatus in adoptionem alteri dari possit? & *Imperator* in plurimis comparari, puta I. quoad patriam potestatem; arrogatus enim & adoptatus ab ascendente æque subicitur patriæ potestati, quàm naturalis. II. æquè succedit. III. sicut filius naturalis alteri in adoptionem dari potest, ita etiam arrogatus & adoptatus ab ascendente. Contra vero adoptatus ab extraneo, alteri in adoptionem dari non potest. *Ratio*: quia in adoptantis potestatem non transit; ergo alterius potestati subiciri non potest; nemo enim potest plus jure in alium transferre, quam ipse habeat. *L. 55. ff. de R. J. cap. 79. de R. J. in 6. Manz. luc. Et Schamb.*

#### §. SED ET ILLUD 9. CUM SEQ.

**N**olo operam ludere, explicando seqq. §§. tum quod abundè eorum intelligentia haberi possit ex *Manz. Harp. Et Schamb.* tum etiam, quia nihil in id dignum notatu occurrit. Ceterum

*Controversia* non ignobilis est, tribuaturne adoptio n. bilis, ita ut, si homo plebejus adoptetur à nobili, efficiatur nobilis? In gravissimâ hac contestatione triplex est D. D. sententia.

I. *Afirmat*, eamque suo suffragio dignantur AA. & autoritate sua, & doctrinæ soliditate non potremi, quos inter solis instar eminet *Bachov. vol. 2. disp. 15. thes. 5. lit. C. Glottle Select. quest. p. 1. q. 1. Arum. exercit. 2. thes. 21. Haun. var. resolut. lib. 1. tract. 3. pag. 214. q. 23.*

II *Distinguit*, ac temperamentum adhibet, genus a gente discernendo, i.e. distinguit inter nobilem ex privilegio, & nobilem ex origine; & sic dicunt, si genus i.e. nobilem ex origine spectes, non fiet nobilis, si gentem i.e. nobilem ex privilegio, fiet, adeoque gentem, seu jura familiæ, voluit per adoptionem, tribui, non vero genus, quia hoc à natura est. *Schamb. §. ult.*

III. Sententia magistraliter *negat*, adoptione perfecta tribui nobilitatem. *Schamb. loc. cit. Harp. end. §. ult. luc. man. §.*

Priusquam harum opinionum fundamenta adornem, sciendum est, non hic quæst. rotari de adoptione imperfecta, sive ab extraneo facta, cum enim quis per hanc nec familiam, nec in potestatem transeat, in confesso est, nec nobilitatem consequi, nec etiam *quæsi* est de adoptione ab ascendente per lineam paternam facta, cum illis in ejus existat potestate, juraque habeat; sed quæstio est, vel de arrogatione, vel

P

adop-



Adoptio 12. ab avo materno facta, & Q an eg rex patre innobili natus, & ab avo materno nobili adoptatus, siam nobilis?

*Affirmativa* his fundamentis nicitur.

I. Ex l. 32 ff de rit. nupt. ubi dicitur, quod libertinus ab ingenuo adoptatus, i. ingenuus n. consequatur, ergo etiam p<sup>r</sup> hanc ad., ius a nobili jura nobilitatem obtinebit.

II Adoptio tribuit dignitatem patris adoptivi l. 13. ff. h. t. l. 5. 10. ff. de senat. ur., ergo etiam nobilitatem.

III. Per adoptionem acquiruntur jura consanguinitatis L. 15. 44. ff. hoc t. ergo & nobilitas, quæ ex sanguine descendit.

IV Si foemina plebeia ducatur à nobili, efficitur nobilis. l. 13. Cod. de dignit. ergo etiam si plebejas adoptatur à nobili, efficitur nobilis, quia transit in familiam mariti, ergo etiam idem adoptatus efficitur nobilis, quia transit in familiam sui patris adoptivi.

V. Adoptio imitatur naturam & tantum juris tribuit, quantum habent liberi naturales & legitimi simul, sed hi sunt jure nativitatis nobiles, ergo etiam adoptatus jure adoptionis nobilis efficitur.

12 Verum licet speciosa videantur hæc fundamenta, me tamen non movent, ut in affirmativam condescendam; proinde negativam insistero, teneo, per adoptionem nobilitatem non tribuit.

Moveor I. Efficaci & solida ratione; quia auct<sup>r</sup> in cujuslibet arbitrio foret ac potestate, aliquem nobilitandi, quæ tamen prerogativa solus Princeps pollet, Harp. loc. cit. num. 10. Accedit: quod adoptio sit modus acquirendi patriam potestatem, non nobilitatem Schamb. loc. cit. vers. quarta ratio est.

Moveor II. EX L. 23 ff. h. t. ubi dicitur: adoptio enim non jure sanguinis, sed

agnationis patris. Jam sic arguo: adoptio non tribuit sanguinem, ergo neque nobilitatem, nobilitas enim ex sanguine parentum æstimatur, ex eo scilicet, quod boni ex bonis, fortes ex fortibus procreari præsumuntur, quem affectum sanè adoptio non tribuit.

Moveor III. Filius adoptivus patri in fundo non succedit cap. 1. §. adoptivus lib. 2. feud. tit. 26 ergo probabile, quod non fiat nobilis: cum nobilibus plerumque fuda dentur. Schamb. loc. cit. Confirmatur. Idem adoptivus à nobili in feudum non succedit, quia non debet in Vasalli potestate esse per filios communitios, ac fectos dominum ac agnatos suo jure privare, ac in feudis suis præjudicare, atqui etiam Principi in prerogativa nobilitandi præjudicari non debet. Haun. loc. cit. in fine.

Moveor IV. per l. ult. ff. stat. hom. ubi Libertinus ab ingenuo adoptatus non sit ingenuus his verbis: Eum, qui se libertinum esse fateatur, nec adoptando patronus ingenuum facere potest. Ergo neque adoptatus à nobili.

Moveor V. hoc argum. Vel enim consideramus nobilitatem ob innatam ad præclarè agendum virtutem, vel ob nativitatem, sicut nunc maximè æstimatur. l. Nobilitas 3. Cod. de commercio & Mercat. Atqui adoptio nec virtutem argantis cum sit habitus, qui evelli non potest, nec sanguinem, cum tantum jus agnationis adferat, d. l. 23. ff. h. t. tribuit; ergo neque nobilitatem, quia non tribuit id, ex quo nobilitas æstimatur. Harp. n. 8.

Ad L. 32. Aliud esse jura, sive privi-13 legia ingenuorum consequi, aliud esse fieri ingenuum. Possit sane privilegiis nobilibus gaudere, sed qui te nobilem esse dixerit?

Ad II. Dico, dignitatem à nobilitate sepa-

separandam esse, sanè poteris esse in Senatoria dignitate constitutus, & tamen nobilis non esse, quia non dignitas tribuit nobilitatem, sed Imperator speciali rescripto eam impertitur.

Ad III. Repono, licet adoptatus dicatur fieri cognatus patris adoptivi, id tamen tantum intelligendum est de *cognitione legali*, non naturali; at legalis cognatio nobilitatem non tribuit, nobilitas enim ex sanguine aestimatur. *Harp. n. 1.*

Planè adoptione jura naturalis consanguinitatis non tribui, vel ex eo patet, quod aliis in pluribus gradibus matrimonium dirimeret, nec filius adoptivus solutà per emancipationem patriâ potestate filiam naturalem ducere posset, uti docet *L. 17. ff. de ris. nupt.*

Ad IV. Retundo hoc speciale esse in matrimonio propter favorem conjugii, & insuper id in jure expressum esse, adeoque ad consequentias non producendum, per *L. 14. ff. de LL. quod contra rationem juris receptum est, ad consequentias non est producendum*. Deinde auctoritate Principis non tam multum præjudicatur per hoc, quod matrimonium cum nobili à

fœmine contractum nobilitatem operetur, cum personâ extinctâ, & illa pereat, quod secus est in filio adoptivo, per quem nobilitas propagatur. *Harp. n. 14.*

Ad V. Facilis est responsio, adoptio enim imitatur naturam quoad effectum patriæ potestatis, conc. quoad alia, quæ solus Princeps largitur, *neg.*

Proinde qui adoptare aut arrogare, & simul arrogatum mobilem fieri cupit, à Principe nobilitatem obtineat necesse est. *S. Hamb. in fine huc.*

Adoptioni non dissimilis est recepta<sup>14</sup> passim hodie in Germania unio prolium, *des Einkindschaft.*, quæ est pactum inter parentes, eorumque ex diverso matrimonio utrinque susceptos, & suscipiendos liberos, præsupposito filiationis jure de mutuo invicem successione coram ordinario loci Magistratu, cum causis cognitione, adhibitis iis, quorum interest, & actis intervenientibus ritè rectèque initum *Schamb. huc in fine.* plura de unionis proli vide apud. *Gail. lib. 2. obs. 125. Harp. n. 15. ult. de adop.*

## TITULUS XII.

## QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ

## POTESTATIS SOLVITUR.

## SUMMARIÆ.

- 1 *Mors naturalis solvit patriam potestatem.*
- 2 *Nisi sint recasuri in alterius potestatem.*
- 3 *Item mors civilis eandem solvit.*
- 4 *Relegatio non etiam.*
- 5 *Doctores an patriam potestatem solvant?*
- 6 *Emancipatio quid sit, & quotuplex?*

7 *Monachismus an solvat patriam potestatem?*

**H**ucusque visum est, quibus modis patria potestas acquiratur. Jam vero, cum nihil sub sole tam firmum sit, quin quandoque rumpatur, videndum erit, quibus modis patria potestas dissolvatur.

## A D V E R S. H I V E R O.

§ 2. *Cod. de sentent. poss. § res. Clariss. D. D. Franz. n. 4. luc.*

**M**odus, quò patriæ potestas solvitur, est *mors naturalis*; *text. luc. ratio*, quia mors omnia solvit, *Nov. 22. cap. 20.* & mortuo patre omnia, quotquot ei subiecta fuerint, capita nomen patrumfam. subeunt, sui que juris sunt *l. 194. §. 2. ff. de V. S. Vinn. Inst. luc.*

*Dices.* Mors est facti, patriæ potestas est juris, atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris. *l. 27. §. postur, ff. de pact. ergo &c. ff. diss. nu.* atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris, nisi sint jura personalia, quæ cum persona extinguuntur. *conc. si sint jura personalia. neg. mi. § consequ. Manz. n. 5. Harp. n. 7. luc.*

## A D V E R S. S E D I T A.

**D**icta, quòd morte naturali solvatur jus patriæ potestatis, procedunt, nisi liberi post mortem patris in alterius potestatem sint recasuri. Hinc si avus, qui nepotes in sua potestate habuit, moriatur, hi non efficiuntur sui juris, sed in patris sui potestatem recidunt, si hic adhuc vivat: cessat enim causa, propter quam poter, qui ipse in potestate fuit, suos liberos in potestate non habuit.

## §. C U M A U T E M. I.

**II.** Modus, quò solvitur patria potestas est *mors civilis*, quæ per maximam & mediam capitis diminutionem convingit, *ratio*, quia, per mortem civilem aliquis amittit communionem juris civilis. *Manz. luc.* Planè, si deportatus à Principi restituitur in integrum, recipit potestatem patriam, dummodò restitutio in plenissima, nam restitutio generalis penam quidem remitti facit, non verò reddi potestatem patriam. *text. luc. l. 1.*

## §. R E L E G T I. 2.

**R**elegatio (*Die Lands Verweisung*): utpote quæ non tollit jura civitatis, non etiam dissociat patriam potestatem. *text. luc.*

## §. P O E N E 3.

**Q**ui servus pænæ sit, hoc est, in metallum sodiendum, vel ad pugandum cum bestiis condemnatur, amittit patriam potestatem, quia patitur maximam & mediam capitis diminutionem. *text. luc.* Huic pænæ similis est condemnatio ad triremes. *Carpatov. p. 3. g. 129. n. 8.*

## §. F I L I U S F A M. 4.

**O**lim neque consulatus, neque militiæ, neque Episcopatus. *l. ult. cod. de Consul. l. 34. Cod. de Episcop. § Cler.* Sed sola patriciatus dignitas à nexu potestatis patriæ eximebat. *text. luc.*

Hodie verò non tantum patriciatus, sed Episcopatus, consularis, militiæ, & aliæ plures quæ in *Nov. 81. §. § auctor.* Sed Episcopalis *Cod. de Episcop. § Cler.* recensentur dignitates, imò omnes, quæ à civili conditione aliquem liberant. *Nov. 70. § l. ult. Cod. de Decurion.* dissolvunt patriam potestatem. *Harp. n. 3 luc. Berlich. p. 2. Concl. 11.*

Quæstio I. *Libertine Doctoratus à potestate patriæ?* *ff. l. 1.* Satis certum esse, Doctores, qui agunt professores publicos, & in Academicis publice leges docent, ac profitentur, liberari à nexu potestatis patriæ; *ratio*, quia teste *Nov. 81. cap. 1. §. 1.* omnes illi à patria potestate immunes asseruntur, qui immunes sunt ab oneribus curiæ; sed professores publici sunt immunes ab oneribus curiæ.

rix. L. 6. Cod. de Profess. ergò II. Communi DD. calculo obtinere, etiam reliquos Doctores à nexu patriæ potestatis liberari. Ita testatur. *Berlich. loc. cit. n. 53. Vultejus. Inff. hic. n. 6. Caradnal. Tuschiu præd. conclus. lit. D. Conclus. 649.*

Ratio est, quia hodie omnis dignitas eximit à patria potestate, d. Nov. 81. c. 3. §. 1. Sed Doctoratus est dignitas l. 4. §. 1. ff. de excus. tut. Et l. 7. Cod. de poss. ubi Doctores nobilissimi vocantur. Et l. 2. §. 9. Cod. de vet. Jur. enuch. ubi egregii & illustres nuncupantur. *Myns. cent. 4. obs. 31. Stephan de Jurif. lib. 3. p. 2. cap. 14. n. 93.* ubi ait. quòd in Imperiali Camera Doctores & Nobiles paribus fruuntur stipendiis, iisdemque idem vestitus concedatur, qui Nobilibus. *Policey Ordnung. 1577. tit. 2. Illu. Jurif. d. L. B. ab Andlern. Juristrud. quæ publicæ privas l. 1. tit. 2. p. 2. n. 27. ; ergo Doctoratus eximit potestate patriæ.*

Dissent. *Clariff. D. Doct. Fran. loc. cit. num. 7. Harp. hic n. 7. Schneid. n. 5. Sebano.*

#### §. SI AB HOSTIBUS. 5.

V. Modus, quò solvitur patria potestas, est *captivitas*, per quam tamen non tam dirimi, quàm suspendi, & status liberorum dubius efficitur. Vel enim pater reveritur, vel apud hostes decedit. Priori casu recipit patriam potestatem, ac fingitur jure postliminii semper in civitate fuisse. Posteriori casu adiminiculò legis *Corneliæ* fingitur eo momento decessisse, quo captus fuit, *rex. hic.* Hoc die capti apud Turcas apud nos pro servis non habentur. *Manz. n. 19.*

#### §. PRÆTEREA. 6.

VI. Modus, quò patris potestas solvitur, est *emancipatio*, quæ *deponitur*, quòd

sit patriæ potestatis relaxio,

Dividitur in *legitimam*, *Anastasia-*  
*nam*, & *Justinianam*. Legitima est, quæ olim per imaginarias venditiones celebraretur, & ista ob duras solemnitates quibus obnoxia erat, in desuetudinem abiit.

Anastaliana est, quæ per impetrationem rescripti Principis fiebat l. 1. Cod. b. t.

Justiniana, quæ coram quocunque competente Magistratu contingebat l. per. Cod. eod. Hodie secundum consuetudinem universæ Europæ emancipatio tacita intervenire censetur, si filius separatim habitare, res suas sibi gerere, ac proprium focum & mensam habere incipiat. *Manz. n. 21. hic Berlich. p. 2. concl. 11. n. 33. Gomez. var. resolut. tom 1. c. 11. n. 34. & plures ab his longâ serie recentiori.*

#### §. ADMONENDI. 7.

Si quis habeat plures liberos in potestate, v. g. *filium & ex eo nepotem*, tunc pater pro libitu emancipare potest quem velit etiam nepotem retento filio in potestate, & econtra filium retento nepote; ratio, quia quisque jure suo uti potest.

#### §. SECRETI. 8.

VII. Modus, quòd patria potestas solvitur, est *adoptio perfecta*, quæ ab ascendente aliquo v. g. *avo materno* facta est; per quam tamen patria potestas non tam solvitur, quàm potius transferretur.

#### §. ILLUD. 9.

Si nepos nascatur ex emancipato filio, in cuius erit potestate? n. si est conceptus ante emancipationem, erit in potestate avi, si post, erit in potestate filii;

in his enim, qui nascuntur ex thoro legitimo, inspicimus tempus conceptionis. *L. 14. de adop. L. 19. ff. de stat. hom. Perz. Inst. hic.*

### §. ET QUIDEM FIN.

Hic nihil aliud deciditur, quàm quòd pater invitus cogi non possit emancipare suos liberos; correlativorum enim eadem est natura; sicut ergò pater filium invitum emancipare non potest, *autb. generaliter Cod. de natural. lib.* Ita quoque invitus pater cogi non potest, ut filium emancipet. *d. l. 31. ff. de adop. l. 4. C. de emancip. Gail. 2. obs. 17. num. 5.*

### 7 Quæstio II. An per Monachismum sol-

vatur patria potestas? *¶* In eam communis harmonia DD. condescendere sententiam, in utriusque, & iis, in quibus religioni prodest patria potestas, eam non solvi, in damnois verò, h. e. in quibus patria potestas religioni non prodest, dissolvi; *ratio* prioris est, ne, quod in commodum religionis est introductum, detorqueatur in ejus detrimentum contra *l. 6. Cod. de LL. cap. 61. de R. J. in 6. Ratio posterioris*, quia professus in Abbatis potestatem transit, ut proinde nequeat in duplici potestate existeret. *Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 3. n. 20. in fine Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 5. Glaste assert. Jurid. 23.*

## TITULUS XIII. DE TUTELIS.

### S U M M A R I A.

- 1 *Definitur tutela.*
- 2 *Verba Vis ac potestas quò referenda sunt;*
- 3 *Tutela quomodo differat à curatela?*
- 4 *Tutela triplex est.*
- 5 *Tutorem quis testamento dari possit?*
- 6 *Mater an testamento relictà tutorem det?*
- 7 *Pater filio naturali non potest tutorem dare.*
- 8 *Filio exheredato relictà datur.*
9. *Item posthumus.*
- 10 *Tutela Electoralia testamento alii quàm seniori agnato relictà deferatur.*

### C O N N E X I O.

Postquam dispeximus de personis alieno juri subjectis, puta, de servis & filiis familiis, agendum superest de

personis, quæ sui juris sunt, quarum aliæ sub tutela, ut pupilli sive impuberes, aliæ sub curatela, ut adulti & minores, aliæ neutro jure tenentur.

In hoc autem & seq. tit. Imperator de iis duntaxat personis agit, quæ sub tutela & cura sunt; sic enim inquit ille, cognoscemus, quæ neutro jure teneantur, contrariorum enim est ea natura atque indoles, ut uno cognitò, noscatur & alterum. *Princip. Inst. h. t. §. l. 1. ff. de his, qui sui vel alien. jur.*

*Dices.* Tutela est munus publicum *marg. l. 9. ff. eod.* ergò malè hoc loco agitur de tutela, vel falsò dixit Imperator *m. §. 4. Inst. de J. §. l.* quòd in Instit. de jure velie duntaxat privato agere. *¶* Tutela est munus publicum autoritate, h. e. nemo potest tutorem dare, nisi cui id lex permittit. *conc. aut.*, utilitate, *nego aut. §. consq.*; pertinet enim ad utilitatem priva-

privatorum, Schaubog. Et Manz. hic.

### §. EST AUTEM I.

- I Tutela à tuendo dicta continet deseri-  
bitur, quod sit vis ac potestas in capite li-  
bero, ad tutelam enim, qui per atatem se  
ipse defendere nequit, Jure Civili data ac  
permissa. Concord. N. O. Gerhubschaffis-  
Ordnung. tit. 1. §. 1.

Dicitur 1. Vis ac potestas; Alii legunt  
jus ac potestas. Sed contra est I. quod in  
pandectis Florentinis quæ sunt correctio-  
num, legatur Vis ac potestas. Contra est  
II. quod in §. 2. h. t. tutor definitur,  
qui eam vim ac potestatem habet, Hae-  
nold. tract. 4. de J. Et J. c. 4. Controu-  
1. n. 223.

- 2 Sed quid significant verba Vis ac po-  
testas? variè variè explicant, commu-  
nior est expositio, quæ statuit esse Syno-  
nima, & deo conjuncta, ut significetur  
tutelam non esse quancumque, sed  
potestatem vehementem, magnam &  
efficacem, & velut portionem patriæ po-  
testatis, quæ tutori liceat pro authorita-  
te quid statuere, facere, disponere, tum  
circa personam, tum circa res pupilli,  
Clariss. D. Franz. Inst. h. t. n. 2.

Dicitur 2. in capite libero. Hic rho-  
dus, hic saltus; vehementer enim so-  
torquent D. D. quo referenda sint hæc  
verba an ad tutorem, an ad pupillum,  
an vero ad utrumque.

Ad pupillum referenda docent Bachov.  
ad Treutl. vol. 2. disp. 8. tit. 1. lit. C.  
Schneid. n. 3. Inst. h. t.

Movetur hac ratione, quia pupillus  
debet esse liber respectu patriæ & domi-  
nicæ potestatis, cum filiosam, regula-  
riter tutorem habere non possit, est enim  
officium patriæ, ne filium indefensum  
relinquat. Manz. n. 4. hic, nec servus ha-  
bere potest tutorem, cùm existat in po-  
testate dominicæ. Mynsing. Inst. hic, n. 3.

Ad tutorem referunt Schamb. Inst. hic.  
Zosf. ff. de tutel. n. 1. Clariss. D. Franz.  
Inst. h. t. n. 3.

Movetur I. Quia tutela, ut plerquo  
in jure nostro, est relatio quædam, nem-  
pe respectus tutoris ad pupillum, & rotæ  
versâ; ergo debuit definiti per funda-  
mentum, & terminum suum, cùm reli-  
tio juxta R. R. nihil aliud sit, quàm fun-  
damentum, & terminus simul sumpta,  
ergo per tutorem tanquam fundamen-  
tum, & per pupillum tanquam termi-  
num. Si hoc? ergo per verba in capite  
libero debet intelligi tutor, cum per  
seqq. satis exprimitur pupillus.

II. Si per verba in capite libero intelli-  
gatur pupillus, definito evaderet tauto-  
logica, hoc est, idem nempe pupillus  
bis poneretur in definitione, semel ibi  
in capite libero. & iterum ibi: qui per atatem  
se ipse defendere nequit. Quod a bonæ  
definitione alienum foret.

III. Si verba in capite libero referenda  
essent ad pupillum, deberent in seqq. di-  
ci ad tuendum se, juxta naturam recipro-  
corum; atqui dicitur ad tuendum eum;  
ergo verba in capite libero non ad pupil-  
lum, sed ad tutorem referenda sunt.

Ad utrumque referunt, Manz. n. 4.  
Humm. va. resolut. lib. 1. tract. 4. q. 2.

Movetur hoc solò, sed solidò argu-  
mento, quia in utroque tam pupillo,  
quàm tutore requiritur, ut sit caput li-  
berum.

Ex parte tutoris idè, quia tutela est  
juris civilis an civium Romanorum pro-  
prietas, in verbis: jure civili data. Atqui  
servus juris communionem non habet,  
imò quæ ad jus civile attinet, pro nullo  
habetur. L. 32 ff. de R. J. Imò quod  
servus tutor dari nequeat, disertè sta-  
tuit L. 22. ff. de testam. tut.; ergo ver-  
ba in capite libero ad tutorem commodè  
referuntur.

Ex parte pupilli requiritur, ut sit caput liberum, quoniam ut paulo ante diximus, filiusfam. & servus tutorem non habent.

Argumenta contraria à se ipsis ruunt non enim *neg.* sed ultro *conced.* verba in capite libero referenda esse ad tutorem, sed *neg.* quòd ad pupillum referri nequeant, tutela enim ad utrumque pertinet, ad tutorem quidem active, ad pupillum passive.

Dicitur 3. *ad tuendum eum.* Hic est finis primarius intrinsecus tutelæ, tueri pupillum. Quo differt tum à cura, tum à patria potestate. A *cura*, quòd hæc profine principali non habeat tuitionem personæ, sed administrationem bonorum. Tutor enim primariò datur personæ, curator verò rei §. *certa* 4. *seq. tit. à patria potestate*, quia hæc potissimùm inducta est propter utilitatem ipsius patris: contra verò potestas tutoris præcise ob utilitatem pupilli. *Harp. hic. n. 22.* Apposuit Cicero 1. *offic. ut enim tuteli sit procuratio reipublica ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissi generanda est.*

3 Dicitur 4. *qui per ætatem*, quibus verbis rursus tutela distinguitur à curatela; hæc enim non solum propter ætatem, sed etiam aliquando propter alia vitia, tum animi tum corporis, ut est furor, prodigalitas, morbus fonticus, inducta est. *Vinn. Ins. luc.* scimus enim, quod etiam furiosis, prodigis, & mente captis curator datur. *Manz. n. 6.*

Dicitur 5. *Jure Civili data & permissa.* quæ verba potius ad divisionem, quam definitionem spectant, ut tutela juxta *sect.* sit duplex, alia scilicet *jure civ.* sive *lege data* i. e. *legitima*, alia *permissa*, subintellige, *dari*, quæ iterum duplex est, vel enim permittitur dari à testatore, & vocatur *testamentaria*, vel à Magistratu, & dici-

tur *dativa*. *Schenb. hic in fine. Harp. n. 24.* de his tutelis agemus in seqq.

### §. TUTORES 2.

Q. hic, *quoniam dicuntur tutores?* & *Imperator* tutores esse, qui eam vim & potestatem, de qua in *definitione* dictum est, habent, additque *rationem* nominis, dum ait, tutores appellari quasi *tutores & defensores a tundo dictos*, quemadmodum in simili ædifici dicuntur, qui ædes tuentur, & sic

*Conveniunt rebus nomina saepe suis.*

Nostri vernacula tutores vocantur *Gerhaber*, oder *Vormünder*. *Neue Gerhabtschaffis Ordnung. tit. I. §. 3.*

### §. PERMISSUM 3.

Pro pleniori hujus §. cognitione notandum est, tutelam esse triplex, puta *testamentariam*, quæ in testamento constituitur: *legitimam*, quæ a lege; & *dativam*, quæ dato & decernente Magistratu constituitur L. 12. *Cod. de Episc. & Cler.* concordat N. *Die neue Gerhabtschaffis Ordnung. loc. cit.*

De legitima & dativa in titul. seqq. de testamentaria in hoc §. agitur.

*Ratio* vero, cur priori loco de testamentaria agatur, assignatur à *Manz. n. 1. & 2. hic.* quia, quamdiu tutela testamentaria speratur, tamdiu legitime & dativæ tutelæ locus non relinquitur. L. 89. ff. de R. J. *Ratio rationis*: quia tutelæ procedunt ad modum hæreditatis, sed quamdiu ex testamento potest adire hæreditas ab intestato, legitima hæreditas non defertur. L. 39. ff. de acq. vel amitt. hæred. provisio enim hominis tollit provisionem legis. Nov. 22. cap. 2. & lex filiet, ubi homo loquitur

Q. Jam in hoc §. qui testamento tutores dare possint? & quibus tutor testamento dari possit? & rescribit *Imperator* in

in hac verba: *permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamentis tutores dare.*

Dicitur I. *Parentibus*, hi enim pro liberis optimum & saluberrimum capere consilium, usque rectissime velle prospicere creduntur, ob singularem & summam affectionem, quâ illos prosecuntur. l. 3. §. 1. ff. de administ. & pericul. tut. Harp. n. 4. Et hoc. Et cum tutelæ datio sit effectus patris potestatis, idcirco sub parentibus illi duntaxat intelliguntur, qui liberos in potestate habent, puta, pater, avus, patrui, &c. concordat M. Or. Gerhardschaffs-Ordinung. (Nova Austra. Tut. ordinatio) tit. 2. §. 1. hinc

Excluditur I. Mater l. 69. ff. de legat. 2. quia mulierum consilium fragile, infirmum, & propece reputatur. l. 22. Cod. ad SC. Vellejan. Manz. n. 7. Conci- dit jus Austriacum. loc. cit. §. 2. Auffer, Et c. 1. e. prater supra dictos parentes, potest nemo, ne mater quidem vel avia, libe- rii Tutoris dare in bonis qua à patre defun- cto, avo, proavo, vel abunde sunt pro- fecta. Sed

6 Q. I. Quid si mater de facto testamen- to dederit tutorem filio suo?

Circa hanc quæst. occurrunt. L. pater & ff. de testam. tut. Et L. mater & Cod. eod. quæ sibi invicem videntur contra- rari.

Ut in concordiam reducantur, admi- niculò distinctionis controversia dirima- tur, necesse est. Refert nimirum, an mater simul filium heredem instituerit, nec ne? si simul heredem instituerit, da- tus tutor prævia confirmari debet inqui- sitione. d. l. pater, & Sin minus, solet ex voluntate tutor dari; à iudice matris confirmari d. l. mater &.

Dico, solet. Sic enim textus loquitur relinquendo arbitrio Magistratus, en tu- torem, ita à matre datum confirmare ve- rit ad Institutum.

lit, nec ne? Secunda est in casu, quod ma- ter filium heredem instituit, tunc enim, si præmissa inquisitione iudex eum ido- neum esse cognoverit, debet ipsum tu- torem confirmare. Brunnem. ad d. L. ma- ter & Clariss. D. Prætz. l. 1. tit. 14. §. 2. Idem obinet de jure Austriaco loc. cit. §. 2. Jedoch. Et c. 1. e. attamen mater tu- oia non probentur, in bonis à se relicto, minorætatibus liberis vel nepotibus dare Tu- tores, quos tamen à Magistratu prævia in- quisitione confirmari oportet.

II. A fortiori excluduntur, qui non sunt ex numero parentum, ut patruus, patruus, frater, aut quisvis alius extraneus. Si ergo hæc personæ tutorem tes- tamento dederint, datio non valet ipso jure, si tamen impuberem simul herede- dem instituerint tutor dari prævia in- quisitione, an idoneus sit, à Magistratu confirmabitur. L. & Et §. ff. de confir. tut. l. 28 §. 2. ff. de testam. tutel.

Dicitur II. *Liberis impuberibus*. Quia puberibus non dantur tutores, sed cura- tores; curatores suorum testamentò dari non possunt, §. 1. infr. de curat. Aliud obtinet de constitutione inferioris Au- striæ. Gluck witz, Et c. 1. e. Sicut in Ar- chiducatu nostro Austriaco nullum habito- rum, respectu, habentium est discrimen im- puberum & minorum, Tutorum & Cura- torum; idem in posterum obtinebit atque debet Tutela vel administratio auctori- tas utroqueque usque ad etatem a nobis post hac definitum, tam in personam quam in bona durare.

Dicitur III. *quos in potestate habent*. Tutelæ enim datio est effectus patris po- testatis, effectus autem non est sine cau- sa, Manz. n. 10. hic. Unde

Colligit I. Patrem non rectè tutorem dare filio emancipato, si tamen dederit, confirmatus est tutor simpliciter, i. e. sine inquisitione §. fin. Inst. lib. 1. §. 2.



2. ff. de confirm. tut.

Colliges II. Patrem multò minus rectè tutorem dare filio suo naturali tantum, si ispen dedisset. conarriatus est sine inquisitione in calu, quo aiquid rei quis si nihil, cum inquisitione L. 7. ff. de L. ult. Cod. de confir. tut. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. tit. 2. l. 2. l. 2. l. 2. C. Weyenbach. par. feud. 50. tit. 12.

#### AD V. ET HOC IN FILIOS.

Cum liberorum appellatione continentur tam filii, quàm nepotes L. 34. L. 201. ff. de V. S.

Q. utrum etiam in potestatis testamentis tutores dari possint. I & II. posse: dummodò post obitum avi, in potestatem patris recedens non fiat, qui enim patrem habeat, à quo regatur, consilio tutoris non egent, & tutela est potestas in capite libero, qui verò in potestatem recedit, liber non est.

Q. I. An filio exheredato dari possit? Dixeris, quòd non L. per L. 26. §. 2. ff. de testam. tut. ubi dicitur: *propter item inofficiosi testamenti ordinandum exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a pratore confirmari oportet* Eui tutor filio exheredato datus a pratore confirmandus est, ergo non est iure vel recte datus, quoniam quæ ipso iure subsistunt, confirmatione iudicis opus non habent.

II. Qui testamentò tutor datur, non potest separari sine pecunia dari L. 53. ff. de V. S. ergo exheredato non datur tutor: cum nihil habeat ex testamento.

III. Tutor non potest dari, nisi suo heredi. L. 73. §. 2. ff. de R. J. Nemo potest tutorem cuique dare, nisi ei, quem in sui heredibus, cum moritur, habuit, habitorisve esset, si uisisset. Sed exheredatus non est suus heres L. 1. §. 10. ff. de suis et legat. hered. ergo.

Verum his non obstantibus commu-

ni DD. suffragio munita sententia est, quæ sustinet i. exheredato tutorem rectè dari. Huen. var. resol. hb. 1. traß. 4. q. 4. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. tit. 2. l. 2. A. & B. §. 3. n. 23. Inß. b. 1. Clariss. D. D. Franz lib. 1. tit. 14. Inß. n. 4.

Prob. I. Pater potest liberis suis impuberibus, quos in potestate habet, tutorem dare §. 3. hic Et l. 1. ff. de test. tut. atqui exheredati liberi manent in potestate patris, quia exheredatio non est modus solvendi & extinguendi potestatem patriam. arg. tot. tit. nß. quib. mod. jns patr. potest. sol. ergo liberis exheredatis rectè datur tutor.

Prob. II. Per aperti text. l. 4. ff. de testam. tut. *Pater herede instituto filio, vel exheredato tutorem dare potest.*

Nec dicas, quòd talis tutor confirmatione indigeat: præter hoc enim, quòd lex de confirmatione nullam faciat mentionem, exheredatus cum instituto eadem ratione conjungitur, sicuti proinde tutor filio instituto datus absque confirmatione rectè datur; ita pariter exheredato sine ea rectè dabitur.

Ad I. Ibi committi fallaciam non caute: ut caute, causa enim, cum tutor exheredato datus confirmari debeat, non est, quia exheredato datus est, sed quia exheredatus testamentum in quo tutor eidem datus erat, quereis inofficiosi impugnavit. Unde itatim ibidem subjungitur: eventum rei iudicatis declaraturus, utrum tutor ex testamento patris, an ex decreto pratoris autoritatem acceperit. Nam si exheredatus filius in iudicio vincat, tunc testamentum erit nullum, & consequenter etiam tutoris datio olim nulla erat, adeoque ut valeret, autoritate iudicis opus fuit. Si verò pupillus exheredatus succumbat, tunc valebit testamentum, & in eo facta tutoris datio, ut confirmatione opus non sit.

Ad

Ad II. Facilis est solutio: sensus enim legis talis est, non posse patrem de sola tutela liberosum suorum in testamento disponere, nisi simul de pecunia sua siue rebus disponat, hæredemque in testamento instituat.

Ad III. Patet solutio ex dictis; negatur suppositum, per exheredationem Jus suavitatis tolli. Deinde ad l. 1. §. 10. R. per exheredationem Jus suavitatis tantum tolli in *actu secundo*, quatenus nimirum ab hereditate removetur. In actu enim primo exheredatus tamen manet suus hæres, quia non desinit esse in potestate patris, & proximo gradu, quæ duo suavitatem constituunt. §. 2. *Inst. de hered. qualis*. Et differ. aliter. R. *Harp. loc. cit.*

#### §. CUM AUTEM 4.

- 9 Q. hic: *An pater non tantum liberum natum, sed etiam primum natusum* Et posthumum, qui post sepulturam, Et humanitatem patris nascuntur, tutorem dare possit? R. quod sic, posthumi enim pro jam natis habentur, quoties de illorum commodo agitur l. 7. Et l. 26 ff. de stat. homin. Et modo in ea causa sine, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui forent, in potestate patris; tutor enim non datur nisi suis hæredibus. *text. hinc.*

#### §. SEDET 5.

Hujus §. explicationem habes ex dictis supra §. 3. b. 2. vers. colliges 1.

#### CLAUDAT HUNC TITULUM

- 10 Illa ingens & mu torum scriptis nobilitata controversia, possitne tutela Electoris a testamento deferri v. g. Q. *An Elector Imperii filio suo puerulo non impuberi possit testamento alium tutorem dare, quam proximum agnatum?*

Huic quærit aniam præbet Aurea Bulla tit. 7 quæ ut sonat: *Si principem Elec-*

*torem mori, Et hæredes legitimas laicos defectibus ætatis patientes relinquere constituit, tunc frater senior primogenitus, ejusdem scilicet defuncti tutor eorum Et administrator existat, ex his verbis*

Videtur erui posse, quod proximus agnatus senior ita necessario tutor existere debeat, ut in ejus præjudicium alius testamento dari nequeat. Ita docent *Herm. fascic. Jur. publ. cap. 18. n. 48. Harp. §. 2. Inst. de leg. agnat. tit. n. 4. Tract. vol. 2. disp. 8. lib. 3. lit. A. Lemna. ad cap. 7. Aur. Bull. §. 2. obj. 11. Beckmann. exercit. §. ad Aur. Bull. n. 30. Et segq. Scharfchmid. vol. 1. exercit. 8. lib. 12. lit. A.*

Movetur I. Aurea Bulla expresse statuit; ut proximus agnatus hæredis Electoralis impuberis, utque ad XVIII. annos completos tutor & administrator existat; ergo hoc Jus agnato proximo per testamentum auferri haud poterit l. 11. ff. de R. J.

II. Tutela Electoralis est juris publici; jura autem publico testator derogare non potest, l. *Jus publicum* 38. ff. de pact. l. 42. de oper. libert.

III. Si proximus agnatus eo demum casu admitteretur ad tutelam Electoris impuberis, quo non attet tutor testamentarius, Aurea Bulla otiosa foret, utpote quæ nihil deponeret novi, sed idem, quod lex XII. Tab. statueret, vi cuius etiam proximus agnatus tutor est, si testamentarius deficit.

IV Successio Electoralis non stat in arbitrio & dispositione Electoris; ergo neque tutela, quia tutor separatim sine pecunia dari non potest l. 23. ff. 4. P. S.

V. Si tutela Electoralis penderet ex arbitrio Electoris, posset eandem deferre Principi extra reos, sed hoc videtur repugnare rationi ipsi us & re publ. utilitati, quæ vult, secreta Electura non

proparari, *ergo* ex arbitrio Electoris pendere non debet.

VI. Historici commemorant, quod Fredericus Ludovici IV. Electoris Palatini Frater, spreta dispositione testamentaria tutelam filii impuberis gesserit. Idem etiam fecerit Casimirus frater Ludovici V. qui contempta voluntate ultimâ se ad tutelam Frederici impuberis intruserit, & proinde tutela Electoralis testamento deferri posse non videatur.

Verum his rationibus in contrarium nihil moventibus, tenet tutelam Electoralem à patre Electore ahi, quam proximo agnato deferri posse, ita *Glossæ tract. de testam. cap. 2. §. 1. mon. 3. Humm. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. ch. 3. lit. A. q. 22. Varrar. in Inst. publ. lib. 3. tit. 11. n. 4. Et 5. solidè Clariss. D. Franca. Inst. lib. 1. tit. 14. n. 10.*

Prob. hoc unico sed solido fundamento: Jus novum Aureæ Bullæ eundem sensum recipit, quem jus vetus, sed jus vetus disponens, quod proximus agnatus debeat esse tutor Electoris impuberis, recipit hunc sensum, nisi alius testamento tutor datus sit; *ergo* jus novum etiam hunc sensum recipit, quod proximus agnatus tutor esse debeat, nisi alius testamento datus sit. Accedit, quod omnis constitutio nova ita explicanda sit, ut quæminimè recedatur à jure ordinario, *arg. l. 27. C. de testam. Et l. 32. §. ult. Cod. de appellat.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem

Ad I. *Et* Verum esse, quod Aurea Bulla disponit tutelam proximo agnato deferendam esse; sic enim verba sonant: *Tunc frater senior eiusdem progenitis tutor Et administrator existat.*

Verum enim verò ista constitutio hunc sensum & conditionem recipit, *nisi filius pater testamentum aliter tutorem dederit.*

Est, jus vetus disponat agnato debere esse tutorem agnati impuberis, per hoc tamen non excluditur tutor testamentarius; *ergo* etiam esto, jus novum Aureæ Bullæ dicat, fratrem seniores debere esse tutorem Electoris impuberis, per verba tamen hæc non excluditur tutor testamentò datus.

Ad II. *Et* Nos non ire inficias, quod Elector Aureæ Bullæ, tanquam juri publico derogare aut præjudicare non possit. At falsum est suppositum, quod dando tutorem testamentarium Aureæ Bullæ deroget, aut præjudicet; cum Aurea Bulla tutorem testamentò dare non prohibeat.

Ad III. Falsum esse, quod otiosa esset constitutio Aureæ Bullæ & nihil novi statueret. Nam I. sancit aliquid novi in hoc, quod ex LXII. Tab. non tantum senior agnatus, sed reliqui omnes agnati gradu pares ad tutelam admittantur. At jure Aureæ Bullæ solus agnatus senior ad tutelam vocatur. II. De jure XII. Tab. tutela tantum durat usque ad XIV. an. si masculus, si femina sit usque ad XII. Aurea Bulla autem disponit, ut Elector impubes usque ad XVIII. an. tutore habeat.

Ad IV. *Et* à successione Electorali non rectè argumentum duci ad tutelam, nam de successione feudali neque alii Principes Imperii disponere possunt, & tamen possunt testamentò tutorem dare. *Ergo* etiam successio Electoralis non flet in arbitrio Electoris, hinc tamen non sequitur in eodem neque tutelæ stare assignationem.

Ad V. Dico, ex illo argumento plus non sequi, quàm ad tutelam Electoralem non faciliè extraneus vocandus esse. Quod si tamen de facto extraneus ad eandem invitaretur, non video, quo precepto repelli possit, præcipuè, quia fortissi à jure præsumptio est, quod pater filio

filio suo optimè prospexerit, & extraneum majori fortè filio suo utilitati, quàm fortè proximum agnatum fore.

Deinde in controversiam non id adducitur, possint ad tutelam Electoralem extraneus vocari, sed an possit agnatus remotior? quod affirmamus.

Ad VI. §. Exemplis non restringi regulam, neque quid fiat, sed quid fieri debeat, attendendum esse, l. 12. ff. de offic. prefat.

Taceo, quòd recentiora adductis exempla prostant, quibus patet, tutelam Electoralem testamentò fuisse delatam,

excluso agnato proximo. Sic annò 1613. Fridericus IV. Elector Palatinus tutelam Electoralem testamentò detulit Joanni Bipontino, excluso fratre suo seniore Philippo, quam Bipontinus usque ad annos majoremnitatis Friderici V. constanter administravit.

Item Maximilianus I. Elector Bavarie omisso fratre suo Alberto tutelam filii sui Ferdinandi Mariz, detulit Serenissimæ suæ conjugi Mariz Annæ, quam usque ad legitimam filii ætatem produxit. *Clariss. D. Woller. quest. select. q. 6. sect. 2. num. 22.*

## TITULUS XIV.

## QUI TESTAMENTO TUTORES

## DARI POSSINT.

## SUMMARIÆ.

- 1 Filiusfam. tutor rectè datur.
- 2 Pater an pro filio tutore teneatur.
- 3 Servi an possint tutor dari?
- 4 Minor & furiosus sub conditione tutores rectè dantur.
- 5 Quid si minor veniam ætatis impetaverit?
- 6 Tutor testamentarius sub conditione rectè datur.
- 7 Secus tutor legitimus vel datus.
- 8 Certa rei tutor dari non potest.
- 9 Tutor filio datus censetur quoque datus possentis.
- 10 Non vero nepoti.
- 11 Secus si liberis datus sit.

## CONNEXIO.

Vidimus, qui testamento tutores dari, & quibus dari possint? sequitur, quoniam tutores testamentò dari

possint. Ubi regula occurrit, quòd omnis possit testamento tutor dari, qui non prohibeatur.

## AD PRINCIP.

Q. hic, an filiusfam. tutor dari possit? Ratio dubitandi est, quia qui ipse in potestate est, alium in potestate habere non potest l. 21. ff. ad leg. Jul. de adul., sed filiusfam. ipse in potestate est, ergò. II. Tutor tam in jure, quàm extra judicium pupillum defendere debet; atqui filiusfam. sine consensu patris in judicio stare non potest. *cap. 3. de iudiciis in 6. ergò.*

Verùm hic nihil refragantibus §. in ætate hic, quòd non solum paterfam. sed etiam filiusfam. tutor dari possit. Ratio est in aperto, quia tutela est munus publicum *princip. Inst. de accusat. tut. in causis autem publicis filiusfam. reputatur pro paterfam. l. 9. ff. de his, qui sui*



loqui de casu, quo servus proprius tutor datus est, sed & el in codicillis, vel in testamento quidem, est verbum precarum. *Vinn. Et Ludw. Inst. hic.* Sufius explanantem vide *Munz. Inst. hic. Et Humm. ad Tractat. vol. 7. disp. 8. tit. 2. lit. F. q. 15.*

Dico III. Servum proprium duntaxat pure utitur tutorem dari, contra inutiliter sub conditione, si liber eris, qui dominus intelligitur potius ludere & joculari, quam serio agere, si enim ipsum liberum esse velit, id in ejus arbitrio est & voluntate. *Munz. hic 20.*

Dico IV. Servum alienum utiliter testamento tutorem dari sub conditione: Si liber eris; & hujus donationis effectus erit, quod haeres intelligatur a testatore rogatus, ut si possit, servum eum, a domino, emptum manumittat, & hoc modo viam praebet ad tutelam. *l. 20. §. 4. Et §. fin. ff. de testament. tutel.* contra pure servus alienus inutiliter tutor datur: ratio, quis nemo servo libertatem concedere potest invito domino, ne cuiquam auferatur Jus suum, & nemo nisi dominus disponere de statu servi sui valeat.

#### §. FURIOSUS 2.

Q. In hoc §. An furiosus, vel minor 25 annis tutor testamento dari possit? Ratio dubitandi consistit in §. 13. *Inst. de excusat. tut.* ubi dicitur: *incapable fore eos, qui aliene auctoritate in rebus suis administrandis egerit nesciuntur, Et ab aliis reguntur, minorum tutelam, vel eorum fidiore.*

Verum hac ratione dubitandi non obstante & Imperator furiosum, vel minorem testamento tutorem recte dari, & ita datum perinde haberi, ac si datus esset sub conditione vel die, quo nempe furiosus compos mentis, vel minor 25. annis major factus fuerit. Cessante enim causa prohibitionis & impedimenti, ne-

cesso est, ut ea ipsa prohibitio, impedimentumve cesset. *arg. l. 79. §. penult. Et ult. ff. de legat. 3. Et cap. 6. de appellat.*

Sed quid interim faciendum? & Interim alius a Magistratu tutor datur, qui definit statim, postquam minor testamentum datus majorennis, vel furiosus sanae mentis factus fuerit. §. 1. *Inst. de attit. tut. l. 11. q. de testam. tut.*

Quod si minor ejus aetatis foret, ut evadere non posset majorennis ante pubertatem ejus, cui tutor datus est, forte quia minor est 16., pupillus vero novem annorum, tunc tutoris duo inuicis foret, & locus fieret non tutelae dativae, ita *Bachov. Vinn. Et Ludw. Inst. hic.*

Quaestio confurgit, an si minor jam § imperasset veniam aetatis, an non saltem tunc poterit tutor esse ante complementum 25. anni?

Dixeris quod sic, quoniam major 25. annis putetur esse tutor, sed minor post obtentam veniam aetatis habetur pro majore 25. annis? ergo poterit esse tutor. Sed tenendum contrarium. Ita *Hawbold. de J. Et J. tract. 4. c. 4. contrav. 2. n. 229. Inst. hic n. 1.*

Ratio: quia venia aetatis minoribus ad hoc solum conceditur, ut duntaxat de rebus propriis liberius possint disponere, non etiam, ut ad aliena negotia valeant accedere. *l. 2. Cod. de his. qui ven. aet. impetr.*

Ratio melior & efficacior est haec, quis ut quis possit esse tutor requiritur, ut bona ejus possint tacite hypothecari pupillo *l. ult. Cod. de legat. tut.* bona enim tutorum ipso jure tacite obligantur pupillo pro officio administrationis. *l. 2. de admitt. tut.* atqui bona minorum etiam post obtentam veniam aetatis non obligantur hoc modo, sed ut taliter obligentur, necessaria est interpositio decre-

ti iudicis. *l. Cui. de his, qui veni. etat.* ergo, &c.

Ad rationem dubitandi *§. minorem*, qui veniam ætatis obtinuit, non simpliciter & per omnia haberi pro maiorenni, sed in certis casibus à lege expressis *d. 2. de his, qui ven. etat. concordat. N. Omnes Gerhabschafft. On dinstg. tit. 16. §. 3. Wann. Etc. i. e.* Si Princeps servitor interrogato iudice veniam ætatis populo dederit ante id tempus; hic qui pupillus erat, non poterit iure, ante ætatem illam finem da tutela, de bonis suis immobilibus, vel de sorte pecuniaria, aut rebus pretiosioribus, filijummodi rebus facultates maxime consistere, quicquam grandius, nisi prævia Iudicis scientia, alienare aut sub pretextu remuneraturæ donationis excutere.

#### §. AD CERTUM 3.

- 6 Tutor non tantum purè, sed etiam sub conditione, ad certum tempus vel ex certo tempore in testamento rectè datur, sub conditione hoc modò. *Si Cæsar Tuscum viceris, Titius tutor esto.* Ad certum tempus hunc in modum: *Titius tutor esto usque ad tres annos.* Ex certo tempore taliter: *Titius post mortem a morte mea tutor esto.* Ratio hujus est, quia lex adeò confidit de paterno consilio, ut quò modò liberis suis prospexerit, ratam habet ipsius voluntatem. Ut autem pupillus interea non maneat indefensus, pendente cõditione vel die succurrit illi Juxta vel Magistratus, supplens factum testatoris, defectumque temporis, aut conditionis, tutorem interim aliò à se daco.

- 7 Dices: tutor legitimus & dativus neque sub conditione neque ad tempus, neque ex tempore dari potest *l. 6. §. 1. ff. de tutel.* ergo neque testamentarius. *§. conc. ant. neg. conf.* ratio differentia est, quia tutela dativa & legitima sunt actus

legitimi, qui diem vel conditionem non recipiunt. *L. 77. ff. de R. J.*

Ratio alia, quia si pater testamentò sub conditione vel ex certo tempore tutorem dat, tunc potest Magistratus intereà vel postea de alio tutore providere *Tyrol. vol. 1. disp. 8. ab. 2. lit. 1.* Si autem Magistratus sub conditione tutorem daret, nemo esset, qui defectum istum suppleret. *Manz. & Harp. hic.*

#### AD VERS. VEL ANTE.

Q In hoc, an ante institutionem heredes tutor dari possit?

Ratio dubitandij est, quia legata & tutelæ datio in multis requirantur, sed de jure antiquo legata ante heredis institutionem dari non poterant. *§. 35. Inst. de legat. ergo.*

Verum cum legata hodie & ante, & post heredis institutionem relinquij possint, *d. §. 35.* idèò & tutelæ datio & ante & post heredis institutionem rectè fit.

#### §. CERTA 4.

Certe rei vel causæ tutor dari non potest, v.g. hoc modò: *Titius Tutor esto fundi Tusculani, vel ejus litis, quam habeo cum Sæmpronio.* Ratio est in textu, quia tutor personæ datur, non rei; cum itaque persona divisionem non recipiat, consequenter neque bona, ut accessorium sequatur suum principale. Planè si pupilli utilitas exigat, ut tutor certæ causæ & rei detur, fortè quia pupillus patrimonium habet tam amplum, tam diffusum, acque dispersum, ut unus bonis omnibus administrandis non sufficiat, sustinetur datio, quæ unus negotius hujus provincie, alter negotiis provincie alterius præponitur, quò ipso tamen casu non tam tutela, quàm administratio censetur divisa, *L. 15. ff. de legem tut. l. 27. ff. de tut. & contr. d. at. Clariss. D. D. Franz.*

*Paul. Inff. de tutel. n. 7. Brunnem. ad d. l. 15. ubi datio tutorum valet, quia unus rei Africanæ, alter rei Syriacæ, vel Romanæ datus est Concordat. N. Oe. Gerhardschaffts-Qt. d. ung. tit. 4. § 3. Es können ein &c. i. e. possunt unus, duo pluresve tutores dari, prout se habet substantia populi, vel res a se invicem longe sunt distatæ, &c.*

### 5. SI QUIS FIN.

*Q. Quibus personis ex vi verborum censetur tutor testamenta datum?*

**9** *R. I.* Si testator filiis, vel filiabus tutoris dederit, præfuntur etiam posthumæ, vel posthumo dedisse. *l. 5. de testam. tut. Ratio additur in textu: quia filii vel filiae appellatione etiam posthumus & posthuma continentur. & posthumi in favorabilibus pro jam natis habentur. l. 7 ff. de stat. homin.*

**10** *R. II.* Si quis filius tutorem dederit, nepotes non includuntur, ratio est in textu, *§. l. 6. ff. de testam. tut.* aliter enim filii, aliter nepotes appellantur, filius enim ille dicitur, qui ex te & uxore tua natus est, nepos, qui ex filio tuo.

Dices: appellatione filiorum etiam nepotes continentur *l. 201. ff. de V. S.*

*ergo &c. R. ant. procedere, si sit iusta ratio extendendi, & voluntas disponentis, vel æquitas id suadeat. Nostro autem casu non est iusta ratio recedendi à proprietate verbi; cum nepotes, si non habent tutorem à testatore, facili possint habere a lege, vel Magistratu. Mauerh. n. 4.*

*R. III.* Si quis liberis suis tutorem dederit, nepotibus quoque dedisse intelligitur; quamvis liberorum appellatione etiam nepotes, & ceteri descendentes continentur. *l. 220 ff. de V. S. Myosing. num. 3.*

*R. IV.* Si quis posteris tutorem dederit, tunc omnes indistincte liberi continentur. *arg. l. 33. §. 1. ff. de legat. 4.*

*R. V.* Si quis filiis tutorem dederit, filiabus quoque dedisse censetur, Masculinum enim comprehendit foeminaum. *l. 1. ff. de V. S. l. 116. ff. de iur. iur.* Alud longe afferendum, si filiabus tutor datus sit, hoc enim casu filii neutiquam comprehenduntur: siquidem exemplo pessimum foret foemino vocabulo masculos contineri. *l. 45. ff. de legat. 2.* quoniam veteres mollem & enervatum virum vocabulo foemino nominarunt. *Brunnem. m. d. l. 45.*

## TITULUS XV.

### DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

#### SUMMARIA.

- 1 Agnatus quid dicatur.*
- 2 Item quid cognatus?*
- 3 Agnationis & cognationis differentia hodie sublata est.*
- 4 Mulieres à tutela remouentur.*
- 5 Mater potest esse tutrix.*
- 6 Tutela legitima quando locum habent.*
- 7 Agnatio quibus modis soluitur?*

*Kees ad Instituta.*

**D**ISTINCTUM est, tres esse species tutelæ, testamentariam, legitimam, & aduocatum.

Hucusque displeximus, quid sit testamentaria; sequitur, quid sit tutela legitima, quæ IV. sub se species continet, puta legitimam Agnatorum, Patronorum, Parentum, & fiduciariam tutelam.



## AD PRINCIP.

Si nullus testamento tutor datus est, aut datus decesserit, lex XII. Tab. proximis agnatis tutelam impuberis deferret: ratio est in L. 1. ff. de legat. tutel. ubi dicitur summa providentia statutum esse, ut qui sperarent successionis commodum, udem tuerentur bonis, ne dissiparentur; & secundum naturam est, ut commoda sequantur eum, quem sequuntur incommoda. L. 10. ff. de R. J. concordat N. Oe. Nene Gerhabsch. iuss. Ord. nung. tit. 3. §. 1. ubi commodo successionis privantur, qui sine iusta causa legitimam tutelam in se suscipere detrectant. Unde da Gec. l. e. Si nulla sufficienti causa se excuserint, ipsi quoad personam, ipse succedendi in hereditate populi erit praclusa; ad heredes tamen eorum nihil ex eo rependere tenentur.

## §. SUNT AUTEM I.

- 1 Agnati dicuntur, qui per virilis sexus cognationem conjuncti sunt, veluti frater ex eadem patre natus, fratri filius nepos ex eo. Item pater, mater, & ceteri omnes, qui eadem insignia, & eandem familiam nobiscum habent. Cognati sunt qui per feminini sexus personas cognatione junguntur. v. g. filius sororis meae, filius amicae meae, item avunculus, frater uterinus & consobrinius.

Olum lex XII. Tab. solos agnatos ad tutelam vocabat, eo quoque in delatione tutelae secuta sit eos, qui ab intestato hereditatem sperabant l. 73. ff. de R. J. atque agnati in successione ab intestato excludunt cognatos: ergo primo loco lex XII. Tab. eis tutelae onus deferrebat.

- 2 Verum hodie omnis differentia agnationis & cognationis tam quoad successionem ab intestato, quam quoad tutelam sublata est, & tam agnati quam cognati

aequaliter non ad successionem duntaxat, sed ad tutelam admittuntur aut sicut heredes. Cod. de legat. agnat. tutel.

Unde iure novo sine ullo discrimine agnationis & cognationis is, qui proximus est, sive cognatus sive agnatus sit, legitimus tutor est d. aurb. heredes ut est Nov. 118. cap. 5. Quod si plures sint agnati vel cognati ejusdem gradus omnes simul ad tutelam vocantur, l. 9. ff. de legat. tut. Si tamen vult forte agnati & cognati simul concurrant, ut non expediat à tam multis tutelam administrari, tunc Judex magis idoneo administrationem decernet, periculo tamen omnibus imminente qui ad tutelam vocati sunt, & bonus ipsorum tacite pro securitate administrationis obligati. d. Nov. 118. cap. 5. Brunem. tract. de tut. tit. 4. n. 18. Schmidt. iuss. hic n. 19 Sed quod de periculo omnibus imminente dicitur, non putat observari iure nostro, nec eorum bona tacite obligari, qui non dati sunt tutores. Brunemann. in d. aurb. sicut heredes.

Dicitur Ex haecentis dictis sequitur, 4 quod ad tutelam etiam femininae v. g. soror, amica, fratri filia admittendae sint, eum & haec agnatæ sint R. Mheres ex alio capite ab officio tutelae removeri: tamen si eorum agnatæ aut cognatæ sint, ad tutelam tamen non admittuntur, quoniam officium tutoris publicum & virile est, mulieres autem ab omnibus officiis publicis abstinere debent. l. 2. ff. de R. J. Et in 1. Cod. quando mulier. Atque n. 5. bii.

Exigitur sola mater, quae si velit, 5 admitti & ad tutelam legitimam liberorum loru n. exclusis omnibus à latere conjunctis No. 22. cap. 40. Nov. 94. cap. 1. Tenetur tamen renunciare beneficio si a ius consuli Veilepant & secundas nuptias, suaeque insuper obligare bona l. 3.

3. *Con. quond. malier. tut. off. Clariff.*  
 J. D. Franz. *Inst. h. t. n. 2* De jure Au-  
 ratico ita obtinet. *Id. der Kinder* &c. i. e.  
 i. liberorum mater naturalis adhuc vivit,  
 ut ipsi tutelam liberorum gerere volent,  
 et illa suspitione gravata, debet ex veteri  
 consuetudine, tutela deferri; et tamen a  
 iudice ipsam conspuante, semper admi-  
 nistrare unum aut duo idonei nec suspecti  
 tutores & cognatis aliorum loco, qui cum  
 i. tutelam administrabunt & rationes ren-  
 dent. N. Oe. *Gerhabschfts-Ordnung.*  
 t. 3. §. 2.

### §. QUOD AUTEM 2.

Q. hic, quando tutela legitima locum  
 habet? R. si quis pater mortuus sit intesta-  
 tus, qualem hic non ille duntaxat intelli-  
 gitur, qui omnino non vel testamentum  
 validum fecit, sed ille quoque, qui in  
 testamento mortem non dedit, vel si da-  
 tus tutor mortuus, aut aliter inhabilis  
 alius sit.

### §. SED AGNATIONIS FIN.

Q. In §. quibus modis jus agnationis,  
 consequenter legitima tutela, quæ agna-  
 ti deferitur, finitur, aut tollatur; R.  
 i. od agnatio (h. e. illa prærogativa, qua  
 agnati præferuntur cognatis in successio-  
 nibus & tutelis) qualibet capitis dimi-

nutione tollatur. Maxima & Media, quia  
 per eam quis tollitur à numero civium  
 Romanorum, adeoque reddatur incapax  
 civilis officii, quale est tutela. Maxima  
 v. g. arrogatione, emancipatione; quia  
 mutatur familia, consequenter perditur  
 jus agnationis, text. hic & l. 7. ff. de ca-  
 pite diminuit.

Cognatio minima capitis diminutione  
 (an maxima vel media videbimus seqq.  
 tit. §. 6.) non perimitur, ratio differen-  
 tia est, quia agnatio est juris civilis, co-  
 gnatio vero juris naturalis. L. 10. §. inter  
 agnatos ff. de grad. Et capitis diminutio  
 est etiam juris civilis. l. 8. ff. de capite dimi-  
 nitur quare agnatio utpote civilis per ca-  
 pitis diminutionem, pariter eandem tol-  
 litur: cognatio utpote naturalis non item,  
 quia civilis ratio civilia quidem jura cor-  
 rumpere potest, naturalia vero non etiam  
 l. 8. ff. de R. J. *Mysing.* §. pen. de cap.  
 diminuit.

Hodie postquam sublata est differen-  
 tia inter agnatos, Nov. 118. cap. 1. &  
*sicut hereditas de legit. agnat. tutel. mini-*  
*ma capitis diminutione tutela legitima*  
 non permittitur; adeoque frater emanci-  
 patus ad tutelam liberorum fratris sui  
 haud aliter, quam ad successionem ad-  
 mittitur. *Mozz. num. 6. & 7. hic Harp.*  
*num. 1.*

## TITULUS XVI

### DE CAPITIS DIMINUTIONE.

#### SUMMARIA.

*Capitis diminutio quid?*

*Quotuplex sit?*

*Quid sit maxima?*

*Quid media?*

*Quid minima?*

6 Cognatio maxima & media capitis di-  
 minutione tollitur.

#### AD PRINCIP.

**Q.** In hoc principio, quid & quotu-  
 plex sit capitis diminutio?

Ad l. R. *Imperator*, quod capitis di-

*mutatio fit prioris status mutatio.* Ubi tamen sciendum, quod caput hic non accipitur, pro capite naturali, sed metaphorice pro statu seu conditione hominis. Unde Thomas Martinus Anglus Cancellarius dicere consuevit, *Capite quis minus potest, etiam si non ledatur.* Cum vero status, sive conditio hominis sit qualitas personæ consistens in tribus, ideo R. ad II. quod capitis diminutio triplex sit: *maxima, media, & minima.*

## §. MAXIMA 1.

Maxima capitis diminutio est, quando quis amittat omnia tria, libertatem, civitatem, & familiam; quod fit, cum quis per sententiam capitalem ad mortem condemnatur, siquidem is servus poenæ efficitur. Item quando major 20. annis ad participandum pretium se vendidit passus sit, & quando libertus propter ingratitude condempnatur, & in servitutem redigitur *hic.*

Hodie de jure novo dampnati ad ultimum supplicium poenæ servi non efficiuntur. Nov. 22. cap. 8. *Et auct. sed hodie de donat. inter vir & uxorem.* Et tamen aliqui istam Novellam de eo duntaxat casu intelligant quo quis ad metallum, vel tiremes condemnatus est. *My. sing. hic. n. 1. & 2. Wesenb. n. 4. Grotz. ad leg. Taur. 4. n. 2.* magis tamen ardet eorum dogma, qui istam Novellam ad omnes indistincte damnatos extendunt, eo quod Novella generaliter his verbis faciat: *Nullicui ab initio bene naturalium ex supplicio permissum fieri servum.* *Confer. Hunn. ad Treutl. vol. 2. d. p. 31. ubi 6. q. 52. Harp. hic n. 7. Compz. quæst. 135. n. 4. ubi ait:* delinquentes ad mortem condemnatos, nequaquam servos poenæ effici, nec facultatem contrahendi; testandi, aliasque jura civibus Romanis competentis amittere.

## §. MINOR 2.

Media capitis diminutio est, quando quis libertatem retinet, civitatem vero & familiam adimit; quod contingit illi, cui aqua & ignis interdictum est, h. e. qui privatur communione aquæ & ignis, quæ poenæ vix non eadem cum poenâ mortis fuit; horum enim elementorum usu in hac vita nemo carere potest.

## §. MINIMA 3.

Minima capitis diminutio est, cum libertas & civitas retinetur, familia autem mutatur, idque fit per arrogationem, ubi arrogatus, qui erat sui juris, alieno juri & potestati subjicitur. Item per emancipationem, quia hoc casu filius fit sui juris, incipiens habere propriam familiam.

## §. SERVUS 4.

Servus manumissus è servitute capitis diminutionem non patitur, quia ante caput civile non habuit, sed id primo per manumissionem acquirit. *Manz. hic.*

## §. QUIBUS AUTEM 5.

Q. *An constitutum in dignitate patitur capitis diminutionem, si ea privetur, & dignitatem amittat?* R. *negative;* quia neque libertatem, neque civitatem, neque familiam amittit, ut sic non statum, sed dignitatem amittet.

## §. QUOD AUTEM 6.

Diximus ad §. *sin. p. aced. tit.* quod cognatio omnis minima capitis diminutione non permutatur.

Q. *Hic, an maxima vel media solvantur?* & R. quod sic; jure enim civili non haberetur ulla ratio cognationis in eo, qui caput esse servus vel peregrinus. *Perez. I. p. hic,* quoniam capitis diminutio maxima & media morti assimilatur. l. 63 §. ult.

*alr. ff. pro socio l. 209. ff. de R. J. Harp. n. 2. hic.*

Non obstant *l. 8. ff. de R. J.* ubi dicitur, jura sanguinis nullo jure civili dirimi aut immutari posse. R. Enim: jura sanguinis cognationis dupliciter accipi. I. *Naturaliter*, h. e. pro eo jure, in quo solo sanguinis conjunctio spectatur. II. *Pro jure quod cognatus propter cognationem jure civili defertur*. I. Sensu, si jus sanguinis accipiat, nullo jure civili dirimi aut immutari potest, ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat, qui frater, desinat esse frater; ut nuptæ inter patrem & filium, fratrem & sororem consulant. II. Sensu acceptum jus cognationis potest certis personis admitti; ut ecce, jus civile potest efficere, ut filius patri, frater fratri certo casu non succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi, aut inde cognati, vocetur. Hæc enim jura, licet naturalia recte dicantur; quia nimirum

propter cognationem naturalem competunt: cum tamen inter cives tantum instituta sint, etiam ad jus civile suo modo referantur *l. 17. §. 1. ff. de pen.* Unde fit, ut etiam civili constitutione, h. e. capitis diminutione permantur, ita solido discutit. *Vin. lujf. hic. l. 1.*

#### §. CUM AUTEM FIN.

Quid si plures sint agnati, ad quos pertinebit tutela? R. ad eos, qui proximiores sunt in gradus, naturale enim est, ut, qui emolumentis habent prælationem, fiat & in oneribus sustinendis antefereendi.

Quod si plures ejusdem gradus sint agnati, ad omnes simul tutela pertinebit: ejus tamen administratio maxime idoneo à judice decernenda est; ita tamen, ut non eo minus ad reliquos spectet periculum tutelæ, si male administrantem removeri à tutela non curaverint. *Perez. lujf. hic. Harp. hic. n. 2.*

### TITULUS XI.

#### DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

##### SUMMARIA.

1. Quid sit legitima Patronorum tutela?
2. Unde descendat?

Dictum supra fuit, IV. esse species tutelæ legitimæ. Primum discuffimus, subjecimus modo. II. Species, quæ vocatur *legitima patronorum non tutela*. Cujus casus est: si quis Dominus servum impuberem manumissus, & is tunc indigens; tunc tutela non quidem ex

verbis, sed ex mente Legis defertur patrono, ejusque liberis, *Text. h. e.* Dicitur ex mente Legis, quia in *L. XII. Tab.* nihil expresse aut disertis verbis dispositum, eorumque fuit, adque adeo propter identitatem rationis, ob quam agnati ad tutelam vocantur, Patronus ejusque liberi ad tutelam libertorum constringuntur; cum ibi debeat esse tutelæ onus, ubi est successione emolumentum. *l. 3. ff. de leg. tutel. §. l. 10. ff. d. R. J.*

TITULUS XVIII

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

SUMMARIA.

1. *Casus legitima parentum tutela.*
2. *Introducia est ad exemplum patronorum tutela.*

**T**ertia legitimæ tutelæ species est *tutela Parentum* pro qua figuratur iste casus: Pater filium suum impuberem emancipat, & emancipatus timore opus habet. Unde Pater legitimus ejus tutor erit non ex verbis, neque ex mente Legis, sed ad exemplum patroni.

Dico I. *Non ex verbis*, quia lex XII.

*Tab. de agnatis* duntaxat ait: Pater autem filio emancipato agnatus esse desinit, utpote agnatione per nimirum capitis diminutionem sublata. *Harp. n. 2. hic.*

Dico II. *Neque ex mente Legis*, quia pater olim ad successionem liberorum emancipatorum non admittebatur, sicut patronus ad successionem liberi. *Manz. n. 5.*

Dico III. *Sed ad exemplum patroni*: pater enim qui emancipat filium comparari solet patrono manutententi servum, §. 6. *Inst. quib. mod. jus pat. potest sol.* *Harp. n. 1. hic.*

TITULUS XIX

DE FIDUCIARIA TUTELA.

SUMMARIA.

1. *Tutela Fiduciaria cui deferatur; illa ab usu recessit.*

**F**iduciaria tutela est, quæ deferatur I. patri in Filium suum impuberem ab avo emancipatum. II. Fratri in fratrem à Patre emancipatum. III. Patruo in Patrualem a fratre emancipatum. Jure

novo quia omnis differentia inter agnatos suos, & emancipatos quoad legitimas successiones & tutelas sublata est. *Nov. 118. cap. 5.* Nulla amplius est tutela fiduciaria, nulla parentum alia, quam agnatorum, sed una tutela legitima, ad quam cognati non minus, quam agnati admittuntur, eo gradu ac ordine, quo ad successionem. *Perez. & Schneid. hic.*

TITULUS XX

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

SUMMARIA.

1. *Tutela data a defuncto.*

2. 3. 4. 5. & 6. *Quando locum habeat?*
7. *Quia veniens in inquisitionem tutorum?*
8. *Tutela data est actus Jurisdictionis.*

CON-

## CONNEXIO.

**P**ostquam laici appendimus tutelam testamentariam & legitimam, sequitur tertia tutelæ species, quæ *datus* seu *honoraria* appellatur, eamque definire possis, quod sic ea, quam Magistratus tutore testamentario & legatario deficiente defert. à *Souetring. Inst. hic n. 1.*

## AD PRINCIP.

**Q.** Hic quomodo prospectum sit pupillo, si pater ejus nullum eum testamento tutorem assignaverit, vel si nullus ex consanguineis addit? **R.** quod tunc pupillo a Magistratu tutor datus *text. hic. concordat N. Or. nove Gr. ibi. Hoffm. Ordine. tit. 4. § 1.* Olim tutores in urbe à prætoribus dab. m. ar. Hodie quilibet Magistratus vi fixæ jurisdictionis tutorem dare potest *Recess. Imper. de anno 1777. tit. 3.*

## §. SED ET SI I.

De casu, quo nullum omnino tutorem habet pupillus, jam brevissime dictum est: sequitur modo, quid juris, in casu, quo ex testamento quidem tutor em habet, sed impeditur? **R.** tunc etiam tutorem datus ei assignandum esse *text. hic. Reversentur autem IV. casus, quibus tutor testamento datus tutor esse impeditur.*

**I.** Casus est, si tutor testamento datus sit condicione, *verba §. 3. huj. qui testam. tit. de leg. po.* Hoc casu ne pupillus maneat indefensus, alius interim ei tutor à Magistratu constituitur. Sed cur legimus non ad i. utitur? **R.** Idco, quia quamdiu tutela testamentaria speratur, legimus non est locus. *L. 11 ff. de testament. Manz. n. 4.*

**II.** Casus est, si tutor in testamento datus sit ex certo die: puta, ut post biennium tutor sit. Hic in casu medio tem-

pore, dum transit biennium datus tutor substituitur, ratio est eadem, ne pupillus interim indefensus, & multorum infidus expositus maneat. *l. 8. §. 1. de testam. tutel. Harp. b. c. n. 1.*

**III.** Casus est, quo tutor testamento datus ideo tutor esse non potest, quia hæres institutus diu non adit hæreditatem, sed deliberat, num adire velit, nec no? Hoc in casu interea pupillo datur tutor datus, qui definit esse tutor, si postea hæres hæreditatem adierit. *Manz. num. 5 §. Insidero. n. 3.*

## §. AB HOSTIBUS 2.

**IV.** Casus est, si tutor testamento datus captus est ab hostibus, tunc enim, donec ex captivitate revertatur, medio tempore alius à Magistratu tutor surrogatur, qui tutor esse definit, si captivus in civitate non reversus fuerit, quo in casu omnia iura, à teoque etiam tutelam jure postum in rec. p. t. §. 5. *Inst. quib. mod. pat. pote. s. s. s. s.*

## §. SED EX HIS.

Dictum est omni jure dandi. Si tutorem in urbe pertinuisse ad Prætorum, in provinciis vero ad Præsides, itaque ex constitutione Legis Attiliæ, & Legis Julæ, & Titæ. Jam Imperator hæc explicat secundum Jus seu tempus, quo licentia dandi tutores pertinet ad Consules ad Prætores, qui tutores non simpliciter sicut ex Legge Attiliæ, & Legis Julæ, dabantur, constituerunt, sed I. debebant cautionem præstare ream populi salvam fore. II. Poterant compelli, puta remedium Prætoris, multis, auctoritate Prætoris ad suscipiendam tutelam administrati onem; quæ duo capita de jure primo non obtinebant, *jussu Manz. hic. Harp. n. 3.*

Porro

Porro tutores dati, aut testium cum inquisitione dari solent.

7 Q. Quod veniat in inquisitionem? R. In Magistratu IV. inquirendum est. I. An tutor dandus sit vir bonus, honestus, & integre ac probitate ut? Tutor primario datur personæ, ne proinde pupillus malis moribus ambuletur, & tunc ei tutor dandus erit, trahuntur enim, a Seneca, & conversantibus mores.

II. An sit locuples, ne datus occasio grassandi in bona pupilli.

III. An se ipsum intrudet, qualis suspectus est, l. 21. §. fin. de curat. dat.

IV. An tutelam pecunia ambiat, qui longe magis foret suspectus. d. l. 31. Pinn. Inst. hoc. Manu. n. 6. Concordat Jus Austriacum l. c. tit. §. 2. Die Tuglichkeit &c. i. e. An tutor sit idoneus, id ex eo assumatur, si sit vir honestus, integerrimus, integer, & quantum obtineri poterit, iocundus, fundos possidens, iudex qui enim constituitur, tutela saltem ratione subiectus; si a iudice superioris instantia dependet, huic beneficio, saltem quoad hoc negotium renunciet; maxime autem nullus admittatur qui seipsum intrudere voluerit, quare pupillo ob id grande sit observandum.

Dic ea. Tutores ex inquisitione dati cautione non onerantur, quia inquisitio loco cautionis est, l. 12. ff. de tutel. & curat. ergo male hic de cautione exigenda a tutoribus subjicitur. R. Tutores ex inquisitione datos quidem operari cautione fidejussoria bene vero illa, quæ per nudam stipulationem, qua rem pupilli salvam fore promittunt, perficitur. Schamb. voss. dices hoc.

§. SED HOC JURE 4 ET §. NOT. AUTEM §.

Quandocumque hodie tutoris datio est jurisdictionis ordinata & h. e. quilibet Magistratus tutorem dare potest & debet h. e. ipsius quod Magistratus sit, ord. priv. de anno § 77. in § 2. Ideo operam induunt, qui circa hos duos §. §. diu se detinent.

§. IMPUBERES 6.

Reddit Imperator hic rationem; quare tutela intrudenda sit, ideo nimirum, quia naturali juri ac rationi convenient est, ut, qui periculis ætatis non sunt, aliter tutela regantur. Ex quo sua sponte sunt, tutelam saltem quoad originem juris naturalis esse. Harp. hic. d. 2. § 4. Vinn. hic.

§. CUM ERGO FIN.

Q. Hic, ad quid teneantur tutores? R. Imperator, quod finita tutela suæ administrationis teneantur rationes reddere. L. 1. §. ult. & l. 4. ff. de int. & rat. diss.

Dixi finita tutela, ubi observa; quod licet de jure communis a tutoribus, non nisi tutela finita, rationes suæ administrationis exigi possint, de jure tamen Austriaco tutores singulis annis etiam non moniti, suæ administrationis Magistratui, cujus jurisdictioni pupillus subiectus est, reddere tenentur, nisi pater pupilli per ultimam voluntatem eos ab onere rationum exemerit. N. Oe. Gerhabschaffis-Ordnung. tit. 7. §. 1. quæ constitutio utique magna ratione nititur, ut nimirum tutores, qui male administrant, quantocyus removeantur.

## TITULUS XXI.

## DE AUTHORITYTATE TUTORUM.

## SUMMARIA.

Tutor non debet prius administrationem suscipere, quam ei à Magistratu decreta sit.

Inventarium conficere tenetur.

Idem idoneam cautionem prestare.

Nec non sollicitam curam pupillorum gerere.

Tutor res pupillares, & quales alienare possit?

Res servando servabiles quæ dicantur?

In quibus casibus auctoritas tutoris necessaria sit?

Si pupillus sine auctoritate tutoris contrahit, contractus dicitur claudicare.

An tutor honorarius pupillo auctor fieri possit? solvantur argumenta contraria.

o An pupillus sine tutoris auctoritate possit adire hereditatem?

1 Et quid si hereditas sit opulenta?

2 Quando tutoris auctoritas adesse debet?

## CONNEXIO.

**S**atis de tutela in genere & specie tempus est, ut de officio tutorum actemus, quod præcipuè consistit in rationatione auctoritatis, de qua, priusquam agamus, lobeat hic in vestibulo aliquæ, quæ etiam ad tutoris officium rudent enumerare, ubi missò jure antiquo, videbimus, quid jure novissimo imperii & Austriæ nostræ ad tutoris officium desideretur.

Requiritur autem Lur tutor, quisqueque ille sit, *reglamentarius*, legimus *live dationis* administrationem rerum pupilla-

*Rees ad Instituta.*

rium non antè suscipiat, quam à Magistratu eidem decreta fuerit. *Ord. Imper. polit. de anno 1577. tit. 32. §. 1. Stirv. ad Pand. exercit. 30. 4b. 29.* Concordat Jus Austriac. *loc. cit. tit. 10. §. 1. Et hst. Eccl. i. e. nemo se tutela antè munificat* quam ei *iudex* litteris alioue modo *mandaverit*.

II. Requiritur, ut post decretum interpositum decurrat protinus ad confessionem inventarii, *d. ord. Imper. polit. §. 3. concordat Jus Austriac loc. cit. tit. 8. §. 2. Iff. et Eccl. Q. Tutor est prius, debet statim a iudice inventarium seu fidem accuratamque inversæ pupilli substantiæ descriptionem confici curare, rerum sc. tam mobilium quam immobilium, ut hac rationes res pupillares suscipiat* Et hæc confessio inventarii adeo est necessaria, ut tametsi defunctus per ultimam voluntatem eam fieri prohibuerit, nihilominus non debeat omitti; imò omittens, tanquam suspectus à tutela removendus sit, *d. conf. Aust. §. 6. Et 7.*

III. Ut idoneam cautionem præsteret, rem pupilli salvam fore, &

IV. Ut juramentum præsteret: quod utilitati pupilli omni meliori modo providere, & tutelam fideliter administrare velit. *d. ord. Imp. polit. §. 3.*

De jure Austriaco, qui bona habent immobilia, neque cautionem, neque juramentum ratione tutelæ fideliter gerendæ præstant, secus illi, qui nulla habent in Austria bona immobilia. *N. Oc. Gerbshschaffers-Ordnung. tit. 7. §. 3.*

V. Ad officium tutoris requiritur, ut sollicitam pupillorum curam agat, eos paterno affectu prosequatur, ab injuria

S defen-



defendat, & in disciplina, timoreque Domini educet. Præterea alimenta pro conditione statûs isdem decernat, facultates a parentibus relictas illis confervet & augeat potius, quam consumat. Denique id omne faciat, quod exigit officium boni & probati viri. Quemadmodum enim sacra pagine multa in favorem orphanorum & eternunt, ita gravissima comminantur illis, qui pupillos laedere, vel contemnere perperam ausi fuerint. *Fidua* & *pupillo*, inquit Dominus *Exod. 22. non nocentis, si laeseritis eor, vo-ciferabuntur ad me, & ego audiam, percutiamque vos gladio, & erunt uxores vestra vidua, & filii vestri pupilli.* Tam grave nimirum & periculosum est officium tutorum, ut *Tholosan. Syntag. Jur. lib. 11. cap. 6. n. 1. aberte prud. placet*, eos, qui memoriam Dei habent, difficulter ad tutelam accedere. Confer. *Histroy. L. B. & Nob. D. ab Andlers. Jurisprud. qua publi. privat. lib. 2. tit. 1. p. 1. n. 9. & 10.*

¶ *Q. An tutor res pupillares alienare possit? res administratio distinctionis; vel enim res sunt mobiles vel immobiles. Res immobiles tutor alienare non potest, nisi iusta causa subsit, & solenne decretum iudicis, nec non causæ cognitio interveniat, l. 6. l. 12. l. ult. Cod. de prad. & alius res mobiles. Clariss. D. D. From. Inst. l. 1. §. 4. n. 6. concordat jus Austr. loc. cit. tit. 11. §. 2. Wie sie daim &c. 1. e. Igaur nullam rem pupilli immobilem aut fundum, nisi iudice cognoscente ac consentiente vendere, aliove modo quacunque alienare non possunt, nisi &c.*

¶ Res mobiles sunt vel servando servabiles, v. g. annuum, argentum, gemma, manilla, torques, bibulabeca &c. vel servando non servabiles, puta, vestes, frumentum, vinum, oleum, &c. Res prioris generis tutor alienare non potest sine decreto iudicis, l. 22. Cod. de administ. tut.

*Braverm. ibid.* Res posterioris generis tutor liberè alienat d. l. 22. N. *De neve Gerhob. scoffis. Ordnung. loc. cit. §. 3. & §. 4.*

Hæc sufficiunt de officio tutoris: sequitur de Præstatione authoritatis, quæ nihil est aliud, quam *approbatio eorum, quod cum pupillo geritur, Perez. lusi. loc.* sive est vis illa, ac potestas, quam tutores habent in persona pupilli, ejusque rebus administrandis, ut pupillus nihil agere possit, nisi tutore auctore, sine quo nec velle nec nolle habere dicitur. *L. 189. ff. de R. J.*

¶ Q. Hic in principio, in quibus causis & negotiis authoritas tutoris necessaria sit vel non sit? Justinianus, in quibusdam causis necessarium esse, in quibusdam vero non.

Necessaria non est pupillo authoritas tutoris in iis causis, in quibus pupillus conditionem suam meliorem facit. *text. lusc. Rastro*, quia, cum pupillus sit liber & actuum civilium capax, idèd in ejusmodi causis intellectus ipsius, licet imperfectior, habetur pro pleno & perfecto, ne, quod in favorem & commodum pupilli introductum est, in ipsius perniciem convertatur, cum alius ætas in damnis faciat minoribus subvenire non obesse in rebus prospere gestis. *l. 14. Cod. de Procurat. Perez in Cod. de autb. & conf. tut. n. §. Servu. Exerc. 31. th. 43.* Unde

*Colliger*, posse pupillum sine tutoris authoritate stipulari, ut sibi aliquid datur, *text. hic.* remittitur, quod debet. *l. 2. ff. de accept. donetur l. 9. ff. de autb. & conf. tut. ratio*, quia per istas causas conditionem suam meliorem facit, concordat jus Austr. *loc. cit. tit. 14. §. ult. Was aber &c. 1. e. Quod vero pupillo liberi, anteaquam gratia in eo modo dabitur, ad potestatem illi, absque tutoris consensu valide legitimeque accipere.*

Necessaria autem est Pupillo tutoris authoritas

authoritas in causis, in quibus pupillus suam causam fecit deteriorem. *test. hic* *l. 1. §. 28. ff. de p. r. ratio non est alia, nisi favor pupilli, & infirmitas pupillaris ætatis, cui iura omni meliori modo provident, ne detrimentum capiat. Manz. n. 1. Harp. n. 3. Deteriorem vero suam conditionem pupillus facere dicitur, quoties de eo obligando, vel rebus ejus aliandis agitur. Schamb. *l. 1. hic*. Unde*

*Colligitur*, pupillum non posse se solò celebrare contractum v. g. *emere, vendere, locare, conducere, societatem contrahere, &c.* quocunque modo rem alienare aut distrabere, &c. ratio horum omnium est, quia tales causæ sunt, ut exinde pupilli conditio reddi possit deterior. *Schneid. n. 8. & communiter omnes, concordat jus Aust. loc. cit. tit. 14. §. 1. per tot.*

Dices: pupillus, qui doli capax est, obligatur ex delicto tam civiliter, quam naturaliter, sine autoritate tutoris, ergo etiam ex contractu. *¶ negando conf.* Disparitas est, quia delicta impunita manere non debent, neque quis ob ætatem sperare debet impunitatem. *l. impunitas Cod. de p. r. ne pupillo detur occasio delinquendi.*

*Urget* Pupillus obligatur tutori naturaliter & civiliter: tenetur enim actione tutelæ contraria; ergo etiam aliis ita obligatur. *¶ nego conf.* quia prius in commodum ipsorum pupillorum, ut tutores libenter res eorum administrarent, ex legis sit dispositione. *S. Hamb. l. 1. hic.*

#### AD VERS. UNDE.

*¶ Quid si defacto pupillus sine tutoris autoritate contraxerit, & contractum elico, utroque obligatorium in est? v. g. aliquid venderet, locaverit? ¶ Imperator, quod tunc, licet alias sit regula, quod contractus claudicare nequeat. l. 1. §. de quib. vend. Hoc tamen casu ex*

uno tantum latere consistit, & alter qui cum pupillo contraxit, obligetur, pupillus vero non obligetur, ac proinde contractus clau licet, & hoc favore ætatis pupillaris. Alter vero sibi debet imputare, quod cum pupillo contraxerit, qui scivit, vel scire debuit, pupillum non obligari. *Manz. n. 6.*

Dices: ergo nec pupillus rem venditam poterit repetere, & pretium non teneatur restituere? *¶* vel pupillus ex pretio factus est locupletior vel non. Si prius, emptor pupillum tamdiu per exceptionem doli repellit, donec pretium restituatur; non enim debet pupillus velle locupletari cum alterius iactura contra *l. 209. ff. de R. J. & cap. 48. de R. J. in 6.*

Si ex pretio non est factus locupletior, sed illud perdidit, aut inutiliter expenderit, emptor tenetur rem venditam pupillo sine refusione pretii restituere. *Schneid. l. 1. hic n. 10. Concordat jus Aust. loc. cit. tit. 4. §. 2. Wann der E. c. i. e. Si pupillus pignus aut pretium res vendita, aliquantulum pecuniam seu quantitatem acceperit, aliquo inutiliter expenderit, amiserit aut male verterit, non tenebitur pecuniam acceptam refundere.*

*Q. II. An tutor honorarius, qualis ille dicitur, qui sine administratione constitutus est, ad hoc, ut tutoris administrationis observator, & inspector sit, pupillo fieri auctor possit? ¶* reperiri hoc in passu duos textus, qui inter se vehementer colliduntur.

*1. Est in l. 49. ff. de neg. vel annis. h. v. d. his verbis: Pupillus etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerit, hereditatem alienando obligatur. Alter est in l. 4. ff. de s. si tutor auctor tenetur, cui administratio tutela concessa non est, id ratione a Fratre haberi non debet.*

Varii variè istos textus sibi invicem disponunt. Mihi aridet illa solutio, quæ

distinguit, en tutori honorario ad administrationem rursus negata seu interdicta sit, necne? Priori casu procedit. *lib. 4. cui suffragatur l. 4. §. 1. ff. de solut. ubi tutori cui interdicta est administratio, non recte solvitur. Posteriori casu locum habet d. l. 49. Ita Broom. tract. de tutel. tit. 2. §. 6. & 7. Aliiter rem explicat. Bachov. §. 7 tract. vol. 2. diff. 12. ch. 12. lit. A. B. & C.*

IO Q. III. An Pupillus sine auctoritate tutoris obligetur saltem naturaliter? Famosa & famosa est hæc controversia, anxio non minas JCtis, quam a Theologia agitata, in qua, ne illotis, ut ajunt, manibus procedamus,

1. Premittit I. Certum esse, quod pupillus, in quantum ex contractu aliquo factus est locupletior, obligetur naturaliter & civiliter. Naturaliter, quia natura quantum est, neminem cum alterius detrimento sibi locupletiorum: l. 206. ff. de R. J. Idque corroboratur per l. 13. §. 1. & l. 14. ff. de condit. indeb. Civiliter, quia pupillus sine tutoris auctoritate contrahens & locupletior effectus efficaciter potest conveniri in foro civili l. 5. ff. h. t. ergo obligatur non tantum naturaliter, sed etiam civiliter; cum sola obligatio naturaliter de jure nostro tam efficax non sit, ut actionem generet. *De Gless. tractat. de post. leg. 4. §. 2. n. 3. Schomb. Inst. hoc. Schomb. n. 13 Harp. n. 30. hic.*

Premittit II. Certum etiam esse, quod possit princeps ex justa causa voluntatem subditorum ita inhabilitare, ut omnemurvis se obligare velint, id nequeam tamen efficere. Sic d. factio videmus, quod Concilium Tridentinum claudens na matrimonium ita inhabilitaverit, ut, licet partes in vinculum matrimonii consenserint, nulla tamen neque naturalis, neque civilis nascatur obligatio, quia n. voluntas in obligata est inhabilitata

ta à Lege, ut neque naturaliter obligatur. *L. 6. ff. de P. O. Ratio hujus potentie est, quia omnis illa potestas legislatori concedi debet, quæ negata is non posset sollicitari reipub. sufficienter consulere, acque mala communi bono multum adversa è reipub. eliminare, sed negata potestate ita inhabilitandi subditorum voluntates, ut neque naturalis obligatio exinde oriatur, princeps non possit sollicitari reipub. sufficienter consulere; ergo &c.*

Premittit III. In pupillo duplicem obligationem naturalem considerari posse, unam veram, & alteram fictam. Vera dicitur, quæ naturaliter obligat ipsum pupillum. Ficta quæ facta relatione ad personam pupilli perinde se habet, ac si non esset. Habito vero respectu ad personam tertii, fingitur in ordine ad certos effectus in pupillo existere, v. g. *fac pro pupillo promittente aliquod intervessu f. de jussu formæ.* Hoc in casu pupillus obligatur naturaliter, non vere, quasi ipse pupillus adimplere promissum teneretur, sed fictè, ut nimirum tertius, id est, f. iussor obligetur. Ita solidissime discunt *Gless. loc. cit. n. 7. hic prælibatis.*

2. Ad propositam controversiam, pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem, non obligari obligatione naturali vere, sed solummodo ficta. Ita *Gless. loc. cit. n. 3. Henr. ad Treul. vol. 1. diff. 6. ch. 5. lit. B. Bachov. ib.*

Dissent. *Zoff. ff. de obligat. & ali. n. 48. Harp. Inst. hoc. n. 29. Arzuna. exercit. 3. ch. 3. 13. Obingen. Inst. h. tit. quæst. 6.*

Præsententia argumentis nititur haud contemnenda.

I. D. sumitur ex l. 49. de O & A. his verbis: *Pupillus matrem primum accipiendum ne quidem jure naturali obligatur.* Idem probat l. 41 ff. de condit. indeb. *Pupillus sine auctoritate tutoris Aspinasti gravis.*

promittendo & si vnde repetitio non habet, quia nec natura debet.

II Depromitur ex *d. l. 41. § l. 29. f. cod.* ubi dicitur, quod pupillus solvendi non obligatur, naturaliter enim debita, si solvantur, repeti non possunt. *l. 10. f. de O. & A. l. 16. §. 4. f. de fidejuss.*

III Sic adorsio. Certum est & indubium, iura voluisse Pupili huiusmodi meliori modo providere, & eorum indemnitati consulere; atqui si pupillus non debito modo contrahendo obligaretur naturaliter, parum ejus indemnitati promoverent: quid enim juvaret pupillos, si fore civili obligatos non esset, ex consuetudine tamen tenere ad implendam contrahitis Legem? Quid obsecro, in profuturum existeret, actione civili non possit, veluti, possit tamen compelli per denuntiationes Evangelicas: ne ergo uberrimus & profusissimus legum favor, qui bisque luculenter emittat, restringatur, sciendum omnimodo erit, pupillum ex contractu, sine auctore tutore inito, nullatenus obligari.

Non obstat *L. Quod* ad obligationem naturalem nihil requiratur, quam serius: deliberatus consensus, talem verò debet ad pupillo elici, ergò, *q.* enim non valeat quicunque consensus sufficere ad reducendam obligationem naturalem; ideo enim etiam prodigus eliciere consensum, sed debet talis esse consensus qui Legi non sit irritatus & inhabilitatus.

Dicitur: Lex non perit irritare consensum, & obligationem exinde descendentem, quam alias immutaret Jus naturale, quoad ad obligationem naturalem nihil desiderat, quam serium & deliberatum consensum. *q.* Quod jus naturale non positivè & absolute velit, ut minus plane deliberatus consensus obligationis naturalis sit, & debent esse pro-

ductivus, sed ille duntaxat, qui procedit à tali voluntate, quæ Legi positivè non sit inhabilitata; quod autem in pupillis illa voluntas inhabilitari potuerit, habetur ex præmissis. Veri. *Pramitto 2.*

Non obstat *II. l. 8. § 6. f. de fidejuss. § l. 127. f. de V. O.* Ubi fidejussor pro pupillo sine auctoritate tutoris aliquid promittente se obligans tenetur, ergò signum est, quod pupillus naturaliter saltem obligetur, quoniam ubi nulla penitus est obligatio, ibi non tenet fidejussor. Siquidem *q. dist. cons.* ergò signum est, quod pupillus obligetur obligatiōe naturali sicut. *con.* verè, *ergo cons.* Non eo sensu in *ad. l. pupillus* naturaliter obligatus esse intelligitur, quasi teneretur de jure nature solvere vel præstare, quod promissit; sed, ut fidejussor tanquam tertius interveniens verè & effective obligetur, qui sibi imputare debet quod fidejussor pro tali, quem scire debuisse obligari non possit. *Glossæ loc. cit.* ubi plures alias leges eadem distinctione resolvit; & idem, quod de pupillo diximus, statim procedit in minore, sine curatore suo contrahente, ut nec isto naturaliter obligetur, si inceptior ex contractu factus non sit *per l. 3. Cod. de in integ. restit.* ubi minor comparatur prodigo; atque prodigus sine curatore suo contrahens non obligatur naturaliter *L. 6. f. de V. O. ergo* neque minor.

Non refragatur *L. 101 f. de V. O.* ubi in hæc verba disertè rescribitur: *puberes et supradicti sine curatoribus suis possint obligari.* Siquidem *d. l. 101.* restringenda est ad illas obligationes, quæ personarum concernunt, non verò præstationem aut alienationem rei, ut sensus sit in hoc se obligare potest si in curatore suo ad præstandam operam personalem, v. g. *peragendam fabulam, scribendam litteras, sicut obligatione personalem ad uxorem &c.* *Con-*

rator enim datur rei non persona. Porro quomodo & quando pupillus vel minor ex delicto obligetur, non hujus est loci excutere. Vide *Schneid. Inst. h. t. n. 15. Corpuz praef. crimin. p. 3. q. 143. n. 48. Menoib. de arbitrar. Jud. lib. 2. cap. 32. Gomez. var. resolut. lib. 3. cap. num. 57. Et seqq.*

### §. N E Q U E T A M E N I.

Q. In hoc §. utrum pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere, vel hereditatem ex fideicommissio suscipere possit?

Ratio dubitandi est, quia pupillus hereditatem adeundo videtur rescindere suam conditionem meliorem, quod fieri potest sine auctoritate tutoris.

Verum hac dubitandi ratione non obstante deciditur huc, quod neque hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommissio suscipere possit, nisi cum auctoritate tutoris. Ratio fundamentalis haec est: quia pupillus nullum tale negotium se solo gerere potest, ex quo obligatur; atqui haeres adeundo hereditatem obligatur legatariis & omnibus creditoribus hereditariis. §. 6. *Inst. de oblig. qua ex quasi cons. nasc.* ergo pupillus se solo non potest adire hereditatem.

11 Sed quid si hereditas sit lucrosa & opulenta? Adhuc tutoris auctoritas interveniat, necesse est; ratio, tamen etiam hereditas quandoque lucrosa appareat, effectu tamen damnosa esse poterit propter latentem fortē res alienum, saepe enim contingit, ut plus sperent homines facultatibus, quam in his est. §. 8. *Inst. quibus ex caus. manumitt. non licet Schneid. n. 2. bte.*

Sed quid in supposito, quod certo constat hereditatem lucrosam esse, & non periculosa? Adhuc tutoris aucto-

ritas necessaria erit, eo quod pupillo semper illa necessaria sit, quoniam pupillus suam conditionem redderet deteriorē; atqui & seuudo hereditatem pupillus redderet suam conditionem deteriorē, tunc enim dicitur reddere conditionem suam deteriorē, si de obligando pupillo agitur, prout fit per additionem hereditatis. l. §. 6. Ergo &c. Sanō si fingas hereditatem talem esse, ut praecise merum lucrum contineat, nec adsint creditores, legatarii, negotia, offensa, aut alia quaecunque onera, id totum per accidens est, & non hereditatem, [ut ait *Bachov. Inst. bte.*] qualis esse solet, non qualis est ex rarissimo accidenti, consideramus.

Dices. Si pupillus contrahit sine tutore auctoritate, tunc juxta dicta contractus claudicat; ergo etiam in additione quasi contractus claudicabit, & per consequens pupilli conditio non redditur deterior. At in additione quasi contractum claudicare non posse, quoniam hereditas quoad commodam & incommodam, est individua. Ratio alia est, quia contrahenti imputari potest, quod cum pupillo contraxerit tutore non praesente; creditoribus autem hereditariis nihil simile imputari potest, qui cum defuncto contraxerunt, quem cum haeres repraesentet, jam non pro pupillo, sed pro defuncto, & loco ejus habetur. *Menz. n. 5. bte.*

### §. T U T O R. 2.

Q. hic, quando & quomodo tutoris auctoritas interponenda sit? 2. Imperator, in ipso negotio, dum actus cum pupillo geritur, interponi debere, quae enim sunt sollemnes in ipso actu adhibeantur necesse est. cap. *auditis 29. Si de elect. pot.* Unde

*Infertur per nuntium, per epistolam, item*

tem ex intervallo auctoritatem tutoris minus recte interponi; quæ enim de forma desiderantur, per æquipollens non adimplentur. l. 1. §. 1. ff. de V. O. Harp. n. 4. Et §. Manz. n. 6.

Hodie hæc scrupulositas in considerationem non trahitur, sed potest tutor & ante & post negotium, per nuntium, sive per epistolam, imò & ex intervallo auctoritatem suam interponere. Vinn. Inst. hic Struv. Exercit. 31. ib. 42. Braun, tract. de tutel. tit. 8. n. 43.

#### §. SI INTER VIN.

Ex isto §. possis colligere, quid juris, si pupillus cum tutore licet aliudve ne-

gotium habeat. Nimirum debet pupillo tutoris loco curator constitui, qui licet, negotiumque gerat: nemo enim in rem suam auctor esse debet. Iste autem curator, licet finita, vel negotio peracto curator esse desinit: cessante enim causa cessat effectus, & limitata causa non ducit limitatum effectum, nec, non, quæ ob causam dantur, ab eadem moderantur. l. 37. Cod. de inoff. test. Schamb. Manz. Schütz. hic.

Dicit: Cur non dabitur interea tutor à Magistratu? R. quia tutor tutorem habenti, non datur. §. Inst. de curat. d. d. aut.

### TITULUS XXII.

## QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

#### SUMMARIA.

- 1 De jure communi per pubertatem exspirat tutela.
- 2 Quomodo exspirat de jure Austriaco?
- 3 Condicio suspensiva, & resolutoria quid sit.
- 4 Per nuptias in Austria finitur tutela.
- 5 Venia ætatis quando impetretur?
- 6 Quid illa operetur?

#### CONTINUATIO.

**H**ucusque vidimus, quomodo tutela introducatur, tutores constituantur, & auctoritas præstetur; videndum modò est, quomodo tutela finitur, & potestates tutoris iterum dissolvantur: nihil enim est in rerum natura perpetuum. l. 2. §. 18 Cod. de vet. Jur. civit.

#### AD PRINCIP.

- 1 Finitur tutela I pubertate, quæ in masculo incipit transacto XIV. anno, in femina post XII. Olim pubertatem æsti-

marunt ex habitu corporis, sive ex inhonesti inspectione oculari habitudinis corporis circa pendenda.

Verum cum hoc castitati & pudicitie contrarium fuerit, flagitii enim (inquit Otero lib. 4. Tuscul. in fine) principium, nudare inter cæves corpora: Ideò Imperator hoc emendavit, disposuitque, ut masculus post XIV. foemina post XII. annum pubescerent; foemina autem magis propriè viripotens, quam pubes fieri dicitur, Schamb. Inst. hic.

De jure Austriaco tutela tunc demum finitur, si masculus XXII. foemina XX. ætatis suæ annum adimpleverit. N. Oe. neue Gerhabchaffis-Ordnung. tit. 16. §. 2. Waen. der Pupill. Et. i. e. ubi pupillus 22. pupilla 20. ætatis annum adimpleverit, non debent tamen eis quorum mores prodigi aut inordinati annuadvertuntur, bona statim permittere; sed res iudici prius est deferenda atque hujus mandato subjicienda.

#### §. ITEM

## §. ITEM FINITUR

II. Finitur tutela arrogatione, quando pupillus cum consensu tutoris arrogatur, tunc enim subicitur potestati arrogatoris, & nemo potest existere in duplici potestate.

III. Disportatione pupilli, quia censetur civiliter mortuus, indignus, cui Jus Romanorum utiliter prospiciat.

IV. Servitute, si pupillus libertus propter ingratitudinem, tutela enim est *in aique potestas in capite libero*, quale servus non est.

V. Captivitate pupilli, quia captivi servi hostium sunt; servus autem, ut pote caput non liberum, sub tutela non potest existere.

## §. SED ET I. 2.

VI. Tutela finitur existentia conditionis, puta: si testator usque ad certam conditionem tutorem dederit v. g. donec Titius Consul factus fuerit, tunc existente hac conditione tutorialis esse desinit, data enim sub conditione, existente conditione desinunt. *Manz. n. 2. hic & limitata causa limitatum restrictamque producit effectum. Harp. n. 4.*

Dixi notante, si testator, quia Magistratus, vel iudex tutorem sub conditione dare non potest, quoniam tutela dativa est actus legitimus, qui conditionem non recipit. *L. 77. ff. de R. J. Manz. n. 2.*

Dices: conditionalia ex eventu conditionis pendunt. *cap. 5. de condit. app. ff. l. 41 ff. de condit. & demonstrat.* quomodo ergo textus innuere potest, quoddam tutorem existente conditione tali esse desinat; cum potius dicendum videatur, quoddam conditione existente primum tutor esse incipiat?

Pro solutione hujus dubii notandum est, conditionem esse duplicem, *suspensivam & resolutivam*. Suspensiva dicitur hic v. g. verbis concepta: Si Imperator hostes vicerit, si navis ex Asia venerit, Titius liberorum meorum tutor esto.

Hæc conditio ideo suspensiva dicitur, quia tam diu administrationem tutelæ suspendit, donec conditio eveniat; & de hac conditione verificata adducta regula: *conditionalia ex eventu conditionis pendunt*. Item sub conditione promissa non ante debentur priusquam conditio extiterit *l. 213. ff. d. V. S.* Item conditionalia conditione non existente perimuntur. *L. 8. §. quod si ff. de peric. & commod. rei vend.*

Conditio resolutiva dicitur, talibus v. g. circumscripta verbis: Titius tutor esto, quousque Consul fueris factus, vel donec Imperator hostes vicerit. Hæc conditio ferè eadem est cum datione tutoris ad certum tempus: facit enim, ut statim post morem testatoris tutor quis esse incipiat, talis autem esse desinat, si conditio resolutiva eveniat. De hac conditione loquitur noster textus, & de ea procedit ista regula: *sub conditione concessa eveniente conditione resolvuntur, sicuti ad tempus concessa, elapsa tempore censentur negata*. Ita *Manz. n. 4. §. 6. hic.*

## §. SIMILI 3.

VII. Exspirat tutela morte naturali, seu tutoris, seu pupilli; mors enim omnia solvit, & jura personalia, qualis est tutela, cum persona extinguuntur. *Peregr. huj. hie. concordat Jus Austriac. loc. cit. tit. 16. §. 1. ubi tutoris defuncti hereditibus imponitur necessitas, necesse tutoris judicio significandi, ut alius tutor substitui possit.*

## §. SED E CAPITIS 5.

VIII. Evanesce tutela capitis diminutione, & quidem maximā & media ex parte tutoris; ratio, quia amittit communionem juris civilis. Minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat; quoniam tutela est munus publicum, in munere autem publico si iusfam. habetur pro patrefam. l. 9. ff. de hū, qui sui vel alieni iur.

Sæcus est ex parte pupilli, ubi minima capitis diminutione tutela perit, quoniam per arrogationem desinit esse sui iuris; tutela autem est ius in capite libero. *Adanz. Harp. Schneid. luc.*

Dices: Minima capitis diminutione ex parte tutoris legitima tutela perit *text. hic.* ergo malè indistinctè diximus: minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat. *Re.* ideo de jure antiquo per arrogationem tutoris legitimam tutelam perire, quia legitima tutela est fundata in jure agnationis, quod per arrogationem tollitur. Hodie verò postquam omnis differentia inter agnationem & cognationem sublata est, nulla amplius tutela minima tutoris capitis diminutione tollitur, *d. d. auth.*

## §. PRÆTEREA 5.

IX. Cessat tutela lapsu temporis, limitata enim causa limitatum producit effectum, & ad tempus permixta, post lapsum tempus cessantur prohibita. *Harp. hic, concord. jux. Austriac. loc. cit. §. 5.*

## §. DESINUNT. FIN.

X. Finitur tutela per remotionem, quando videlicet à iudice tutor, ut suspensus, à tutela removetur.

XI. Extinguitur tutela excusatione perpetua. De his duobus posterioribus infra tit. 25. *Et tit. 26.* Deo dante agemus.

XIII. Expirat tutela per nuptias pupilli, pupillæve, vel etiam per professionem in religione aliqua emissam. *N. Oe. neue Gerhabschafft- Ordnung. tit. 16. §. 4. Wann sich, &c. i. e. Si pupillus vel pupilla ante prædictum tempus in matrimonium fuerint, vel professionem in religione egerint, erunt eo pacto tutela soluta.*

XIII. Cessat tutela per veniam ætatis impetratam à Principe. Ubi

Notandum, quòd masculus completo 5 anno. XX. foemina verò exacto annò XVIII. veniam ætatis ab ipso Principe petere, & sic à tutelæ iugo eximere possunt. *tot. tit. Cod. de hū, qui un. ætas.*

Hæc ipsa tamen veniæ impetratio non 6 facit, quòd minus minor teneatur adhibere decretum Prætoris, si res immobili alienare aut pignori subijcere velit. *text. express. in l. 3. Cod. quand. decret. non est opus Brunnen. in l. 3. Perez. ad Cod. n. 6. d. 1. Concord. jux. Austriac. loc. cit. §. 3. Wann, wie &c. i. e. Ubi nos, interrogato iudice, veniam ætatis pupillo ante rind ætatis dedimus, tunc quidem expirat tutela; nec tamen vides qui ante pupillam erat, donec cessantis tutela annum adimpleverit, de immobilibus bonis, aus de pecunia quâ maxime consenserit facilliter, de sortibus aliisque pretiosis mobilibus, quæquam majori momenti, nisi prætaxa iudicis cognitione, nec sub prætaxa remuneratori donationis amore ratioms, quæquam alienare aut dispergere.*



# TITULUS XXIII. DE CURATORIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 Curatela definitur.
- 2 Quibus datur Curator ?
- 3 Femina cur citius pubescat quam masculus ?
- 4 In iure curatorem nemo accipit.
- 5 Furiosus quis presumatur ?
- 6 Enumerantur casus, quibus etiam pupilli curatores dantur.

## TRANSITIO.

**I**mperator supra de tutela dixit, quasdam personas, quæ sui juris sunt, aut esse sub tutela, aut sub curatela. Hactenus de his, quæ sub tutela, sequitur de his, quæ sub curatela existunt.

## AD PRINCIP.

- 1 Cura seu curatela concinnè describitur, quoddam potestas in capite libero ad tuenda bona ejus, qui ea per ætatem tueri nequit. Dicitur *ad tuenda bona*. Curator enim primario datur rebus, tutor personæ, *Schneid. Inst. huc. n. 5.*
  - 2 Q. Hic, quibus curatores dantur ? *Id.* quoddam datur adultis, seu puberibus, minoribus tamen 25. annis, licet enim (inquit textus) puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri nequeant.
- Durat autem ista curatela tam in masculis : quàm in feminis usque ad XXV. annum. *text. hic.*
- 3 Sed an, cur femina citius pubescat, quàm masculus, contrà vero non sit Majorænnis ? Hujus rei à variis variis rationes adduci videntur. Mihi placet ista, quod in tutela maturitas corporis atten-

datur, quæ celerior est in feminis quàm in masculis ; imperfectiora enim citius crescunt. Contrà in curatela spectatur animi, judicive maturitas, quæ feminis auctarè aut certò non citius, quàm masculis, suboritur. *Manz. n. 3. Schamb. hic.*

## 5. DANTUR. 1.

Dantur curatores ab eisdem Magistratibus, à quibus tutores. Ex sicuti hodie tutoris datio est jurisdictionis ordinaria, ita quoque curatoris. *Schneid. n. 7.*

In testamento parètibz curatores effusè dari non possunt, quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi si velint, res suas administrare possunt, prout §. statim sequenti dicemus. Eadem ratio est, quare pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet, quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt. *l. 2 ff. de vulg. & sub. subst. Vinn. l. ff. hic.*

Sane si curator testamento datus sit, decretò Magistratùs confirmandus est. *text. hic & l. 2 §. 1. ff. de confr. tut. vel curat. Schamb. hic.*

## §. ITEM INVITI 2.

Adolescentes inviti curatores non accipiunt *text. hic. & l. 13. ff. de tut. & curat.* Turpe enim esse existimabatur puberem esse, & adhuc habere curatorem, quod erat furiosorum & prodigiorum proprium. *Harp. n. 2.*

Hodie minores æquè ac pupilli, nolint, velint, curatores recipere tenentur. *Ord. polit. de anno 1577. tit. 32. Manz. hic. Brunnem. l. 7. Cod. qui per tut. vel curat. n. 3. Concord. Jus Austriac. loc. cit. tit. 1.*

2. §. 2. ubi difertè cautum est, nullam in Austria inter pupillos & Minores, tutores & curatores amplius observari & fieri differentiam.

### §. FURIOSI 3.

¶ Non minores duntaxat, sed & Majores quandoque sub curatela sunt, ut *fieri solent prodigiis* &c. Furiosus tamen est, qui usu rationis destitutus, agit cum rabie. *Harp. n. 4.* Talis in dubio esse presumitur, qui per vicos more in sanorum loquitur, vel deridendo vadit. Item qui iussit cadaver idum in mare projici, vel qui perperam timore agitur, ne mundus corrumpat & in præceps vertatur, & propterea semper medicatur lugum, vel qui tanta ebriitate gravatur, ut exiens in cubiculo credat se navi vehi, & periclitari naufragio, atque expropter omnia ad levandam navem per fenestras projiciat, prout aliquibus ita contigisse ex Cælio recenset *Athenob. de Prasumpt. lib. 45 n. 27* *U. 77.*

Prodigus ab *Ulpiano l. 1 §. de curat. furios.* ille dicitur, qui nempe tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dissipando & dissipando profundit. Hic nos intelligimus prodigum, cui bonorum administratio à Magistratu interdicta est, ut huic non etiam ethice tali curator dari debeat. *l. 10 §. de curat. furios. l. 1 larp. n. 6. hic. a. Somering n. 7.*

### §. SID ET 4.

Quamvis lex XII. tab. solummodo furiosis & prodigis curatores dedit, postea tamen propter similitudinē rationis placuit, ut à Magistratibus etiam nonnullis aliis v.g. *mentis captis*; Item *furiis*, *U. ventis*, *U. perpetuo valetudinarius*; (*denen die flatz übergiffst seynd*,) curatores darentur: ratio, quia etiam hi rebus suis præesse non possunt. Concordat N. Oe. *Gerbachschaffers-Ordnung. tit. 5. §. 1.*

### §. INTERDUM 5.

Tametsi regulariter curatores non pupillis, sed minoribus assignentur, patitur tamen ista regula aliquas exceptiones ita, ut etiam pupillis curatores dentur.

I. Est, si tutor legitimus, sive à testatore, sive à Magistratu datus vel propter valetudinem, vel propter ætatem, vel propter infirmitatem, vel propter imprudentiam, aut simplicitatem non sit idoneus ad tuendum pupillum, & ad facultates ejus probe administrandas, tunc tutor utpote dū dū aut culpa carens, ab officio tute & removendus non est, sed curator ei adjungendus erit. *text. hic. U. l. 13 §. de tut.* Sed cur non datur alius tutor? ratio est *in text.* quia tutorem habenti, tutor dari non potest. Ratio rationis à *Menz. hic. n. 6.* multiplex redditur; mihi illa placet, quia tutor vices genitoris agit: sicuti ergo pater patrem habenti non datur, ita neque tutorem habenti tutor datur. *Perez. hic.*

II. Exceptio est, si tutor temporali impedimento lahorat, ita, ut tutelam præesse non possit, puta, si legationis causa, vel alia justa absentia absit, tunc interea pupillo curator datur.

Dixi temporali impedimento, nam si perpetuum esset, non curator sed tutor assignandus foret, qui enim in perpetuum ab onere tutelæ excusantur, tutores esse desinunt. *§. ult. Inst. de excusat. tut. Harp. n. 2.*

### §. QUOD SI FINALIS

¶ Hic quiddā agendum, si pupillo controversia, vel processus moveatur, tutor verò fortè propter dignitatem, quia persona illustis est, non possit honestè in judicio comparere? *U. Imperator* cum distinctione, vel pupillus præsens est, vel absens est: si præsens, tunc

T 2 val

vel est adhuc infans, vel infantia major. Si infantia major sit, & præsens; tunc potest cum auctoritate tutoris procuratorem constituere, *L. 21. Cod. de procurat.* Si pupillus sit absens, vel adhuc infans; tunc tutor cum decreto Magistratus actorem, quem velit, recte constituit, qui actor periculo tutoris causam peragat, *text. cit. § l. 11. Cod. d. 1.* Sed cur non curator, sed actor assignandus? quia curator suo proprio periculo admi-

nistrat, non periculo tutoris. *Monz. n. 20.* Item cur tutor actorem non verò procuratorem potest ordinare? quia procurator non nisi à Domino constituitur. *Harp. n. 5. Schneid. n. 3.* De jure austriaco ita se habet. *Wann. ein Gerhab. &c. i. c.* Si Tutor in litem diffidentem Curator esse petat, dabitur ipsi mediante legitima mercede Curator in litem, cui eam proprio & ceterorum Tutorum periculo curare incumbet. *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 21. §. 4.*

## T I T U L U S XXIV.

## DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

## S U M M A R I A.

- 1 Satisfactio definitur.
- 2 Tutor testamentarius.
- 3 Item ex inquisitione datum non tenetur satisfacere.
- 4 Nisi phores dati sint.
- 5 Pupillus quales actiones habeat, si ex administratione damnorum passus sit?
- 6 Actor tutelæ subsidiaria quando locum habeat?
- 7 Quid obtineat de Jure Austriaco?

## A D P R I N C I P.

**A**Ntequam Tutores & Curatores administrationem tutelæ vel curatæ suscipiant, imprimis satisfacere debent, rem pupilli vel minoris salvam fore.

Satisfactio autem nihil est aliud, quam cautio, qua tutor promittit rem pupilli salvam fore, *Monz. n. 2. hic.* hanc tutores & curatores dare tenentur, ne pupillorum negotia ab eis consumantur vel diminuantur, *text. hic.*

## A D §. SED HOC NON.

**Q.** Hic, an indistincti omnes tutores satisfacere cogantur? & quod non; enim verò

I. Ab onere satisfactionis liberantur tutores testamentarii, *text. hic. § l. 4. § 17. ff. de testam. tut.* ratio redditur in ipso textu; quoniam fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est, qui optimum pro sua progenie consilium capere intelligitur. *L. 3 §. 1. ff. de admip. § pericul. tut.*

II. A satisfactionis gravamine eximuntur tutores ex inquisitione dati; quia fides inquisitionis loco satisfactionis est. *text. hic. § l. 13. §. ult. ff. de tut. § curat. dat.*

Ex dictis sequitur, quòd jure communi inspecto solummodo legitimi tutores, & curatores, item ii, qui à Magistratu sine inquisitione, nec non ii, qui ab extraneo in testamento dati, satisfacere teneantur. *Monz. hic.*

Hodie omnes indistinctè tutores & curatores cautionem præstare debent. *Reg. cess. Imp. 1548. Item 1577. tit. 32.*

De Jure Austriaco provinciales, qui in Austria possessionati sunt, neque juratores, neque aliam cautionem præstant, sed tutela eorum fidei & conscientie committitur. *N. Oe. Gerbabschafft. Ordnung tit. 7. §. 3* quo loco plura de cautione tutorum & curatorum possis reperire.

### §. SED SI I.

4 Dictum est inspecto jure communi, tutores testamentarios ab onere satisfactionis immunes esse. Hoc in §. exponitur casus, quo etiam tutores testamentarii, & ex inquisitione dati faciunt: puta, si duo plures que dati sunt tutores, aut curatores, & unus satisfactionem offerat, tunc enim contutor, qui offertur satisfactionem vel facit accipere, & administrationem tutelæ curæ satisfactionem offerenti relinquere, vel ipse satidato, & solus administrationem subire cogitur. *L. 17. ff. de testament. tut. Carpzov. lib. 1. resp. 82. n. 20.* Etque ratio, quia consilium, utiliusque esse judicatur, ut tutela vel cura geratur per unum, quam per plures, quod enim pluribus expedit dum committitur, id plerumque segnius expeditur, juxta vulgare juris Brocardicon:

*Segnius expedito commissa negotia plures.*

Q. Quid si nullus satisfactionem offerat?

R. quod tunc ei & quidem sine datione decernenda sit tutelæ administratio, quem major pars tutorum elegerit; maior enim pars concludit. *cap. 1. Et cap. fin. de bu. que sunt a majore.* Et si quæ major pars facit, omnes facere videntur. *L. 19. ff. ad Municipal. Carpz. loc. cit. n. 23. Schneid. hic. n. 8* Si verò & ipsi tutores inter se in eligendo dissentiant, Prætor suas partes interponere necesse est, & unum eligit cui administratio committatur. *L. 3. §. 7. Cod. de*

*administ. Et pericul. tutor. Manz. n. 12. Harp. n. 5. Clariss. D. D. Franz. Inst. lib. n. 3.*

### §. SCIENDUM 2.

Q. In hoc §. quem pupillus vel adultus convenire possit, si ex mala administratione damnum aliquod passus sit?

R. Quod primo loco conveniri possint ipsi tutores vel curatores, qui tutelam vel curatellam gesserunt.

II. Si illi non amplius vivant, tunc eorum nomine & loco conveniri possunt hæredes ipsorum. *l. fin. Et tot. tit. Cod. de hered. tut. Et curat.* quia omnis actio descendens ex contractu vel quasi contractu transit in hæredes. *L. 49. ff. de O. Et A.* atque actio tutelæ descendit ex quasi contractu, §. 2. *Inst. de obligat. qua ex contractu. nas. c. 60. &c.*

III. Contra fidejussores, per quos tutor satisfecit, & ipsorum hæredes. *L. 1. ff. de fidejuss. aut Et curat. Schneid. n. 11 Manz. n. 7. Et 8.* Quod si neque tutores, neque curatores neque eorum fidejussores solvendo sint, tunc

Quarto loco datur actio subsidaria contra Magistratum, qui non exegit satisfactionem vel non recepit idoneam. *L. 6. ff. qui satisfacere cog.* Sane si Magistratus nihil imputari possit, forte quia idoneus tutores dedit, cessabit actio subsidaria. *Manz. n. 12* casu enim imputandum videtur, quod tutores à Magistratu dati idonei esse desierint; casum autem fortuitum Magistratus pupillo non præstat. *ab. l. 1. §. 11 ff. de Magistr. conveniend. Schneid. n. 1. hic.* De Jure Austriaco vix idem, quod de jure communi obtinet, prout videre possis *Gerbabschafft. Ordnung ut. 18.* per tot. unde duo duxi adnotanda.

I. Est, quod in casu, quod tutelæ administrationem unus solus gessit, alter

T 3 contutor

contutor non nisi in subsidium conveniri possit, puta, si administrans non sit solvendo d. loc. §. 4.

Wann ein Gerhab. &c. i. e. Si Tutor, qui administrationis tutela absque iudicis consensu alteri contutori commissa, iudicio tutelae conventus erit, ei licetis administrantem vocare; atque hic solum erit porro executendus, nisi plane non, vel non satis solvendo sit: tunc enim contutor, qui non a. l. administravit, passari executione poterit ad fr. ex. nam quicquid ab altero sarciri nequit.

II. Est, quod actio tutelae directa etiam contra illos competat, qui absque decreto iudicis se tutelae, honorumque administrationi immiscuerunt. d. loc. §. 6. Es haben &c. i. e. Etiam contra eos qui, cum non essent a iudice tutores dati, nec ullo alio modo ad tutelam vocati, rem tamen pa-

puli ac personam regendam susceperunt, habet pupillus actionem protutela, qua actio ab ea differt qua in veros tutores contrahere bona datur.

### §. QUIBUS 3.

Diximus hucusque, quod tutores & curatores debeant satisfacere, sed quid iurum, si cavere nolint, &c. quod debeant capitis pignoribus coerceri, h. e. possunt capi res eorum, & hoc modo ad satisfaciendum compelli, text. hic.

Q. Hic, in quos Magistratum actio subsidiaria datur? &c. textus, in illos solos dari qui satisfactionem solent exigere, quales sunt inferiores Magistratus, non vero in Magistratus maiores. De iure Austriaco actio subsidiaria datur contra quemlibet indistincte Magistratum, qui pupillo tutorem idoneum constituit. d. lib. §. 18.

## TITULUS XXV.

### DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM, ET CURATORUM.

#### SUMMARIA.

- 1 Excusatio tutela quid sit?
- 2 Polypedia est iuxta causam excusandi se à tutela.
- 3 Quales liberi proficiunt ad excusationem?
- 4 An emancipati.
- 5 An adoptivi?
- 6 An nepotes?
- 7 An defuncti in bello?
- 8 An naturales & spurii?
- 9 Administratio rerum fisci.
- 10 Item absentia reipublica causa.
- 11 Pariter Magistratus.
- 12 Nec non lis cum Pupillo.
- 13 Aut multitudo tutelarum excusans à tutela.

- 14 Item paupertas.
- 15 Adversa valetudo.
- 16 Imperitia literarum.
- 17 Inimicitia capitales cum testator &c.
- 18 Controversia status.
- 19 Etas semilis.
- 20 Idlitia.
- 21 Professura à tutela onere liberans.
- 22 Excusatio per viam appellationis proponi debet?
- 23 An tutor debeat esse curator.

#### CONNEXIO.

Suprà ad rubricam præced. tit. dictum est, Imperatorem in his tribus ultimis tutelis communia quædam, quæ potiusque tam in tutoribus quam curatoribus

bus obtinent, tractare instituisse: absolutò ergò l. capite, transvehimur ad II. videl. ad excusationes, & quidem rectò ordine; ratio, quia in regulam quasi abie, tutores & curatores etiam invitò cogi subire onus tutelæ & curæ l. 1. ff. de administr. Et peric. tut. est enim tutela munus publicum (puta, auctoritate, utilitate enim privatum est) lex autem neminem voluit esse immunem à publicis muneribus, sed quilibet ad munus publicum subeundum etiam invitò cogi potest, l. 18. l. 19. Cod. de Cribatoribus. Schneid. luc. num. 1.

Limitatur tamen præfixa regula, ut non procedat, quando quis habet iustam causam excusationis, quarum aliquor in hujus tituli decursu enumerabimus.

## AD PRINCIP.

1 Excusatio autem est allegatio iustæ causæ, quæ quis tutelam curamve deprecatur, sequæ hoc onere liberari petat. Iustæ autem causæ varis sunt.

2 I. Est polypædia, seu certus liberorum numerus. Nam si quis tres liberos Romæ habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis extraneis quinque, à tutela vel cura potest excusari. Ratio est, ut quia favore digni sunt illi, qui liberis hominibus civitatem replent l. 1. ff. si lites matrim. tum quia naturale est patrem à cura & sollicitudine propriorù liberorum non abstrahi, ordinata enim charitas incipit à se ipso. l. 6. Cod. de servit. Et aqua &c. & ut ait: Cyn in l. 30. Cod. de fideicommiss. lupus mordet carnes alienas, sed suas lambit. Schneid. n. 6. Ratio est, quia numerus liberorum excusat à reliquis muneribus publicis. l. 3. §. 5 ff. de numer. tutela autem est munus publicum, ergò. Manz. n. 2.

Cæterum ratio divergentis, cur in

uno loco major, in alio minor numerus liberorum requiratur, forte est ista: quia liberos habens Romæ proximius prodest reipub. quàm habens in Italia aut provinciis. Schamb. hic. Manz. num. 2. N. Oe. Gerhabschaffts Ordnung. tit. 6. §. 2. desiderat sex liberos. Vann emer, &c. i. e. Qui sex plus esse liberos e corpore suo procreatus habet in potestate Et cura, id nullà tutelâ onerari debet.

## AD VERS. SIVE.

Quoniam liberi, in multiplici differentia sunt, aliqui in potestate constituti, alii emancipati, alii naturales, alii adoptivi, alii primi, alii ultteriores gradus, alii vivi, alii mortui, Ideò.

Q. I. An emancipati ad excusationem tute a prosint? R. Imperator, quòd tam sui, quam emancipati prosint. Ratio: quia hoc privilegium excusationis non est effectus patriæ potestatis, sed præmium & remuneratio procreationis liberorum. Braun. tract. de tutel. ad lib. 27. tit. 1. num. 22.

Q. II. An adoptivi prosint? R. adoptanti non prodesse, quia adoptans non generat civem, nec auget numerum civium. Harp. hic. n. 7. cessante ergò causa privilegii, cessat & ipsi privilegium. Manz. num. 13.

Dixi adoptanti non prodesse, profunt enim patri naturali, quia causa & ratio privilegii in hoc militat, nimirum multiplicatio hominum & repletio civitatis, Perez. Inst. l. 6.

Q. III. An tantùm illi prosint, qui in primo gradu existunt? R. etiam in ultiori gradu constitutos, v. g. nepotes ex filio prodesse; ex filio, intellige, jam defuncto: nam si pater adhuc superstes est, liberi ipsi, utpote patri suo profunt, non item avo: quia duobus simul prodesse non possunt. Quotquot autem fuerint

fuerint nepotes ex uno filio, omnes pro uno tantum reputantur, & in locum patris sui ingressi vicem ejus repræsentant. *Harp. loc. n. 7.*

Dixi notanter, *nepotes ex filio*; nam ex filia nepotes non profunt avo materno, cum duobus simul prodesse nequeant; profunt autem vel patri suo, vel si is jam obiit, avo paterno. *text. hic. Et in l. 2. § 7. ff. de ad. Braun. loc. cit. Manz. n. 18.*

Q. IV. *An superfluit tantum, an etiam defuncti profunt?* R. Defunctos non prodesse *text. hic. Et in l. 2. § 4. ff. de ad.* Ratio: quia cessat causa privilegii quoad ipsos; ergo & privilegium: liberi enim mortui nihil amplius reipub. profunt, peræque, atque si nunquam nati fuissent, cessant, deinde etiam onera quoad patrem, qui horum cura non amplius impeditur, quo minus tutelæ vacare possit. *Manz. n. 20. Et Harp. n. 9. hic.*

- 7 Sed quid si bello defuncti sint? R. forte num in acie, num extra aciem amissi sint? si hoc, fortè quia in castris aut hybernis mortui sunt, tunc ad excusationem non profunt *l. 18. ff. de ad.* Si illud, fortè quia in ipsa acie & confictu ceciderunt, tunc profunt ad excusationem? ratio est in *textu*; qui enim pro reprob. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *Harp. n. 9. hic.*

Q. V. An idem dicendum de illis, qui extra aciem quidem, sed tamen ex vulnere in acie accepto mortui sunt? R. *Affirmativè.* Ita *Harp. num. 10. Lud. vuell. hic. num. 1. Braun. tract. de tut. b. t. num. 21.* Ratio, quia tales non minus intelliguntur cecidisse pro reprob. quam isti, qui in acie perierunt; cum paria sint saltem in favorabilibus, mortuum esse & lethaliter vulneratum esse.

Ex quæ in continenti sunt, in esse videntur; dissent. *Schneid. loc. n. 7.*

Q. VI. quid tandem juris de liberis naturalibus & spiritus. Annè illi profint ad excusationem? R. non prodesse. Ratio: ne parentes ex suo delicto præmium habere videantur *l. 2. § 3. b. t. Manz. hic. n. 22.*

Pariter etiam ad excusationem non profunt, qui adhuc in utero existunt, *l. 2. § 6. ff. de ad.* quia nondum natus homo non recte fuisse dicitur. *l. 9. ff. ad leg. falcid. Manz. hic n. 23.*

Dices, qui in utero est, habetur pro jam nato. *l. pen. ff. de stat. hom.* ergo si nati liberi profunt ad excusationem, etiam posthumum proderunt; cum fictio tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. R. dist. ant. qui in utero est habetur pro jam nato, si de ipsius commodo queritur, *consc. si de commodo tertii, neg.* atqui in præsentem non queritur de commodo ipsius posthumum sed de commodo tertii nempe patris volentis se excusare à tutela vel cura. *Braun. loc. cit. n. 19.*

## §. ITEM D. MARCUS.

II. Causa excusans à tutela est *administratio rerum fisci.* Qui enim res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusatur.

Idem est in illis, qui administrant rem privatam Principis. *l. 41. ff. de ad. qui prefecturam annonæ gerunt, l. 41. §. 1.* Item exactores tributorum, *l. 10. Cod. eod.* denique omnes, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit; donec curam gerunt, excusantur. *l. 22. §. 1. b. t.* Ratio horum omnium est ista; quia publica utilitas præferenda est private, *autb. res que Cod. commun. de legat.* Ratio alia, ne occasione negotiorum pupillarium avocetur ab administratione causæ

causa publicae Manz. *num.* 1. Hodiernis moribus referri huc possunt, de *Rensmeyer, Cammermeyer, Steiner-Buchhalter, Strauer-Cassier, Steurer-Ernebmer, und andere Rens Cammer Bediente*. Illud certum est, quod tutelam jam ceptam, licet postea administratio rerum filii ipsis deferatur, deferere non possint, l. 21. ff. b. r. *brunn. loc. cit. n.* 28. vide quoque N. De Gehebschafft-Ordnung. tit. 6. §. 2. *vers.* *Pretulens*, ubi omnes ab onere tutelae eximuntur, qui consilarii sunt aut alii laborioso muneri praefecti.

### §. ITEM QUI 2.

10 III. Causa excusationis est: *absentia reipub. causa* Ratio eadem est, quae supra, quia publica privatus sunt anteposenda Manz. *et* *hic*. Reipub. autem causa abesse dicuntur, v. g. *militis, eorumque da. tribus, &c.* Item *legati, ambasciatori, &c.* Imo & horum *conules, &c.* *munytri, l. a. ministrantes* 41. §. *eorum* ff. b. r. Sicut enim securitas, vel saluus conductus concessus alicui, intelligitur quoque datus comitibus & ejus familiae; ita & privilegium excusationis datum legato, censetur etiam ejus ministris datum Schneid. *n.* 3.

Dicta adeo vera sunt, ut procedant non tantum de eo, qui jam defuncto absens est, sed & de eo, qui propediem absuturus & profecturus est. d. l. 41. §. 2. ff. *rod.* Item de eo, qui se iuneri praeparat, l. 5. ff. *de legat.* Ratio: quia potentia propinqua actus pro actu habetur, & paria sunt, aliquid factum esse, vel de proximo faciendum. Manz. *n.* 2. *hic.*

Itaque is, qui reipub. causa abest, non à suscipiendi tantum, sed & a suscepienda tutela excusatur; hoc tamen discrimine, ut a suscepienda tutela si reversionis fuerit, adhuc vocationem habeat *text.*

§. *in l.* 10. §. 2. *Ludov. hic.*

Ita ad Instituta.

Sed quomodo interres consultum pupillo? R. quod interea ei sit dandus curator, ne sit indefensus Ratio, quare curator non tutor, est haec. quia absens non desinit esse tutor; ergo tutorem habenti tutor dari non potest. Manz. *n.* 8.

Non adversatur L. 3. §. 10. ff. *de suspens. tut.* ubi dicitur, in locum tutoris reipub. causa absentis posse alium tutorem peti; & dari posse supponitur in L. 12. ff. *de tutel.* Non inquam, hoc adversatur, R. enim I. per vocem tutoris ad. II. intelligi curatorem, ut promde ex errore typi aut scripturae tutor pro curatore scriptus sit: ut suboleti mihi videtur haec solutio; ideo R. II. regulariter quidem in locum ejus, qui reipub. causa abest, dari curatorem; interduum vero etiam tutorem, tunc nimirum, si tutor absens, vel abiiturus id desiderava, intelligens forte, id magis futurum pupillo, cum sint aliqui actus, qui necessario exigunt interventum tutoris, ut est aditus hereditatis. l. 17. §. 1. ff. *de appellat.* Harp. *loc. n.* 7.

De jure Austriaco ita sancitum est:

*Absenti sollen &c. v. e. O. J. uo, Ministri ac legati, quamvis negotiorum nostrorum causa aberunt, non modo non tenentur novam tutelam testamentariam vel dativam suscipere; verum etiam a tutela jam suscepta, ut p. r. est rogantes, mediante sol. debita rationum redditione, erant liberandi, & alii tutores eis sufficiens.*

### §. E R Q U I 3.

IV. Excusationis causa est: *Magistratus dignitas sive potestas*, cujus causae eadem est ratio, quae prioris, favor scilicet reipub. Harp. *hic.* Talem autem potestatem habeat is, qui sunt in Imperio Magistratus, & majorem honorem gerunt, qui quidem a suscipienda tutela se excusare possunt, susceptam tamen deferere



non possunt; ratio quia multa impediuntur ab initio, quæ postea firma sunt, & facta non tolluntur. *Schneid. h. t.*

#### §. ITEM PROPTER 4.

V. Excusationis causa est: *si cum pupillo*; si enim tutor litem habeat cum pupillo, vel curator cum adulto, excusantur, modo lis sit de omnibus bonis, vel majore bonorum parte, aut de hereditate aliqua, *text. hic*. Ratio est: quia si quis litem habeat cum pupillo suo, vel adulto, necesse est, ut aut suam negotium gerens ornatur pupilli causam, aut pupilli causam suscipiens ornatur suam. Quod, ut est amor nostri erga nos, nemo sibi facile imperaverit. *Bravus loc. cit. n. 42.*

Hodie de Jure Novel. questio hæc inutilis est, quia creditores & debitores pupilli, qui litem & controversiam cum ipso habent, ne volentes quidem admittuntur, *Nov. 72. c. auli. Minoris Cod. qui dare tut.* Valde enim periculosum est pupillæ, vel minori, habere tutorem vel curatorem ex creditoribus vel debitoribus suis; ratio, quia, cum res eorum in sua potestate habeant, facile possent uti fraudibus, supprimere probationes, apochasque juxta suum vel prosequi, vel se defendere & agentem excludere possent. *Mauz n. 4 hic vide N. Or. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 6. §. 2. vers. Seckstern.*

#### §. ITEM TRIA 5.

VI. Excusationis causa est: *multitudo tutelæ*: qui enim tres tutelæ, curasve, vel duas tutelæ & unam curam, vel duas curas, & unam tutelam, omnes diversi patrimonii, & non affectate susceptas eodem tempore administrat, ad quartam vocatus excusatur, *text. hic §. in l. §. ult. ff. h. t.* Ratio est, tum ne tutor alienis negotiis plus tempo gra-

vatus propria cogatur negligere; tum quia oneratus non est magis onerandus; tum & maxime ob favorem pupillorum, quorum imprimis interest, ne tutor obstruatur, multitudine tutelarum, hoc modo impediatur, ut nullam debite possit administrare. *Bravus loc. cit. n. 23.*

Dixi I. *qui tres tutelæ curasve*, ubi notandum, quod sufficiat tres tutelæ in una domo esse. Unam domum autem dicimus unam eandemque familiam, i. e. unum patrem familias, & qui ejus potestati subiecti sunt.

Hinc velut ex fonte fluit, si pater habeat tres tutelæ, filiosfam. non vocabitur ad quartam: nam & tutela, quam gerit filiosfam. patrem onerat. *l. 7. ff. de tutel.* Et contra si filiosfam. habeat tres tutelæ, pater ejus non vocabitur ad quartam; nisi forte tutelæ, quas filiosfam. administrat, non pertineant ad periculum patris: tunc enim numerus tutelarum, quas filiosfam. gerit, patri non prodest. *L. 5. ff. h. t.* Item si duo fratres in ejusdem patris potestate sint, & unus habeat tres tutelæ, alter non vocabitur ad quartam. Denique ut multis paucis conspiciatur, una & eadem domus, i. e. familia non potest plus, quam tribus tutelæ onerari; nec refert, an tutelæ illæ penes unum sint an penes diversos; ut si pater unam gerat, filius duas, vel e contra. *Cujac. in bb. 2. ff. h. t. Braun. loc. cit. n. 24.*

PLene interdum neque tres tutelæ sufficiunt ad excusationem a quarta. Ut si una ex his valde modici patrimonii sit, & inde nullus aut exigui oneris; talis enim in numerum tutelarum non cedit. *l. 155 §. 15. ff. h. t.* Ratio est: quia, ut Cujacius scribit, tres tutelæ, ex patrimonii & oneris qualitate æstimantur; & ideo non tam tres tutelæ, quam potius tria opera tutelarum excusant. Idem dicen-

dicendum, si una ex tribus tutelis jam prope finem sit, ut quia pupillus agit annum 14. vel tempus, ad quod tutor datus est; fere elapsum est: nam neque talis tutela pro tutela cedit, consequenter nec a quarta excusationem præbet, l. 17. ff. *cod.*

Ratio est: quia onus, quod gerendum restat videtur exiguum ob brevitas temporis, & quia mox finendum habetur pro finito. *Mauz. n. 7.*

Econtra interdum duæ tantum tutelæ ad excusationem sufficiunt; si nempe una ex illis ita onerosa sit, ut duabus æquivalet.

Denique & una tutela ad excusationem potest sufficere; si nempe illa ita diffusa, molesta, & negotiosa sit, ut pro tribus cedat, l. 31. §. 4. ff. *h. t.* Ratio est, quia non præcise numerus tutelarum, sed difficultas rationum consiciendarum, & reddendarum considerata est, d. l. 31. §. 4. *in fin.* Quando autem tutela talis censeri debeat, ut pro duabus aut pluribus valeat, iudicis arbitrio relinquitur, *Cujac. in d. l. 2. Bachov. Et Vienn. Inst. h. t. Schneid. n. 2. hic Et n. 4.* Concordat jus Austriac. loc. cit. *Drittens Et. t. c.* Tertio, si autem tribus rationum consiciendarum incommodo obnoxia tutela, five cognatorum five extraneorum; vel si una saltem, est valde diffusa & negotiosa tutela fuerit onerata.

Dixi II. Omnes diversi patrimonii, si enim unum patrimonium sit, licet plurimum pupillorum, una tantum tutela est. Ratio: quia non pupillorum numerus, sed patrimoniorum diversitas plures tutelas facit, l. 3. ff. *cod.* quare, si tres fratres consortes sint, & vel omnibus tutor datus, vel omnibus curator, vel quibusdam tutor quibusdam curator, una tutela est, una cura est, unum onus est. Contra si tres fratres duli res sint, tres

tutela, vel cura sunt, d. l. 3. Fratres autem consortes dicimus, qui unum indivisum patrimonium habent; dissortes, qui divisum. *Brann. n. 27. Harp. n. 4. hic.*

Dixi III. Non affectatus susceptus. Nam tutela affectatus in numerum tutelarum non cedunt, l. 15. §. 15. ff. *h. t.* Affectatus autem dicitur, quæ studio questum vel ambitus sunt. Ratio, cur non proficiat, est; quia affectatum non reputatur onerosum juxta verbum.

*Hoc portat huius, quod portat quisque libenter.*

Dixi IV. Eodem tempore administras. Quia si unam jam depulit, a noviter delata non excusatur; quia cessante causa privilegii, scilicet onere administrationis, cessat privilegium. *Mauz. num. 7.*

#### §. S E D E T 6.

VII. Causa excusationis est: pauperitas; qui enim ita paupertate & egestate prematur, ut operi & oneri tutelæ impar sit, forte quia vix sibi vitæ necessaria querere valet, excusatur ab onere tutelæ. Ratio, quia oneratus non est magis onerandus; atqui pauper in eo sufficienter oneratus, & occupatus est, ut victum sibi querat. *Mauz. n. 1. hic.* Cum autem divitiae & paupertas, quia mera sunt accidentia, non præsumuntur; idcirco, qui in paupertate se findat, eam probare tenetur. *Harp. n. 3.* Quæ autem & quanta paupertas ad excusationem sufficiat, iudicis arbitrio determinandum relinquatur. *Harp. n. 2.*

Colligunt aliqui ex hoc subinde prodesse paupertatem. Sed ab hoc prodesse libera nos Domine *Mauz. n. 3.*

#### §. I T E M P R O P T E R 7.

VIII. Causa excusationis est: adversa valetudo, vel morbus, dummodo talis sit, ut etiam quis propria negotia administrare

nistrare non possit; ratio, quia lex non-  
luit aliquem obligare ad impossibilia,  
*l. 185. ff. de R. J.* imo & pupillo dam-  
nosum foret, si tutelæ munus valetudi-  
nario injungeretur. *l. penult. ff. h. t.*  
*Manz. hic.*

Quis autem valetudinarius dicendus  
sit, arbitrio judicis relinquitur. Illud  
certum est, huc pertinere *sabulosos, epilepticos, paralyticos, hydropicos, febri-  
cantes, podagricos, &c. Braun. loc. cit.*  
*num. 35.*

### §. SIMILITER 8.

16 IX. Causa excusans est: *imperitia li-  
terarum.* Qui enim tudis est litterarum,  
ita, ut neque scribere, neque legere pos-  
sit, & simul etiam negotiorum expertus,  
ut rem domesticam non possit debite cu-  
rare, excusatur tutela, & cura, *text. hic.*  
ergo sola imperitia litterarum non ex-  
cusat, cum possit tutor in conscribendis  
rationibus vicaria opera uti; sed imperitia  
litterarum conjuncta cum imperitia  
oconomica, vel cum stupiditate quadam  
excludente sagacitatem & prudentiam  
rei familiaris: qualis non raro reperitur  
in rusticis, & litterarum penitus ignavis.  
*Schneid. & Manz. hic.*

Plane si tutela valde diffusa & nego-  
tiosa foret, puto omnino audiendam es-  
se excusationem ejus, qui objicit impe-  
ritiam litterarum. Nam esto hic forte ad  
alia gerenda idoneus sit, ut tamen omnia  
credat memoriz, ab eo exigere non oportet;  
neque satis tutum, confessionem  
rationum per omnia alternis fidei com-  
mittere. *Braun. tract. de tutel. h. t. num.*  
*37.*

### §. ITEM 9.

X. Excusationis causa est: *injuria, vexatio, & malevolentia ipsius testatoris.*  
Nam si quis propter inimicitias a patre

testamento tutor datus est, forte quia  
pater scivit, se magnum eis alienum  
& implicata negotia relicturum esse, &  
ideo tutorem scripsit, ut enim supponat  
magnus laboribus, molestiis, & pericu-  
lis; hoc inquam, in casu excusatur tu-  
tor: ratio, quia tutelæ datus non debet  
procedere ex proposito nocendi tutori,  
sed ex benevolentia & amore unitatis  
papillaris. Aliud dicendum, si testator  
bona mente dederit tutorem, cui antea  
inensus fuit; nam hoc ipso intelligitur  
posuisse irarum animum, & offensæ gra-  
tiam fecisse tutori. *Braun. n. 43.*

### AD VERB. SICUT PER.

In hoc v̄ obiter & incidenter ab *Im-  
peratore* generalis quædam omnium fo-  
re causarum, quæ excusationem præ-  
stant, limitatio adducitur, nempe hæc;  
licet quis alias habeat justam excusatio-  
nis causam, nihilominus si patri pupil-  
lorum promiserit, forte in agonia, se fo-  
re tutorem liberorum, excusari ab hac  
tutela non possit, *text. hic & in l. 5. §. 1.*  
*ff. h. t.* Ratio est, quia omnis promissum  
cadit in debitum. Ratio alia, quia cui-  
libet permixtum est favori pro se introdu-  
cto renuntiare, *l. pen. Cod. de pact.* atqui  
per istam promissionem censetur tutor  
excusationibus suis renuntiasse, ergo  
nisi nova excusatio supervenerit, admini-  
strationem suscipere debet. *Manz.*  
*n. 6. hic.*

### §. NON ESSE IO.

Qui se ignotum patri vel matri pupil-  
li dicit, ea propter excusandus non est:  
ratio est, quia licet aliquis sit ignotus de  
facie, potest tamen notus esse de fama,  
vel aliqua virtute fortassis cognitus.  
*Manz. n. 3.*

### §. INIMICITIAS II.

XI, Excusationis causa sunt *inimici-  
tias*; 17

his; qui enim inimicitias cum patre pupilli vel adulti exercent, si capitales fuerint nec reconciliatio interveniet, a tutela vel cura excusatur. *text. hic.* Ratio: quia iratus nocere cupiet, vel læsus ulcisci se vult. Plerumque enim accidit, ut inimicitias sequatur nocendi voluntas. *Perez. Inst. hic.*

Dixi I. *Omni patre pupilli vel adulti.* Item est, si tutor ipsi pupillo, vel curator ipsi adulto inimicus sit. l. 3 §. 12. ff. de *subseq. tut.*

Dixi II. *Si Capitales fuerint.* Non capitales non excusant. Capitales inimicitias dicimus, quæ vitam, libertatem vel exultationem petunt. *arg. l. 103. ff. de V. T. vel potius* quas iudex pro condicione personarum, & qualitate facti tales esse judicaverit. *S. buri l. hic. n. 8.*

Dixi III. *Nec reconciliatio intervenit.* solet autem intervenire dupliciter, aperte & tacite. Aperte, ut si qui fuerint inimici mutua familiaritate redeant in gratiam. Tacite ut si pater eum, cui hæcenus jussu infensus fuit, testamento tutorem serbat; nam si bona mente fecit, intelligitur hoc ipso injuriam remisisse. *d. l. 6. §. 17. ff. h. t. Braun. n. 45.*

#### §. ITEM IS 12.

13 XII. Excusationis causa est: *controversia status*, h. e. his & quaestio super eo, an quis sit servus, vel liber, ingenuus vel libertus? nam si poterit pupilli movisset alicui quaestionem status, asserendo eum esse servum vel libertum, tunc postea tutor datus se excusare posset. Ratio: quia ex tali controversia oriri solet gravis inimicitia, & animorum exacerbatio. Ratio ulterior: quia meretur fore, ut injuriam à patre sui factam in pupillo ulciscatur. *Alanz. n. 2.*

Cæterum si quis calumniose moveret quaestionem status pupillo, ut tutelam

remus evitaret, nequaquam excusaretur. l. 6. §. *supplum ff. h. t.* Sicut in simili, si quis volenti contra se testimonium ferre, impingeret alapam, ut eum tanquam inimicum a testimonio ditione repelleret, non juvaretur. *Harp. hic.*

#### §. ITEM MAJOR 13.

XIII. Excusationis causa est: *Ætas* 19 *senilis.* Qui enim major est LXX. annis ad tutelam, curamve vocatus, se potest excusare. Ratio est, partum honos & reverentia debita senectuti, quam convenit post emensos tot annos degere in quiete partum quia tantæ ætatis homines incipiunt rerum peritescere, ut vix suis rebus commode præesse possint. Partum etiam, quia, ut diximus, morbus a tutela excusat; ergo & senectus. Nam ut Aristoteles ait: *Morbus est senectus ascriptus. Senectus autem est morbus naturalis.* *Braun. n. 13. loc. cit.*

Requiritur autem, ut is, qui ob majorem ætatem se vult excusare, LXX. annum compleverit. Nam in immunitatibus sive privilegiis, & excusationibus annus ceptus pro completo non habetur. l. 3 ff. de *jura immunitat.* adeo ut is, qui agit supremum diem anni LXX. eo die ad tutelam vocatus non excusetur, cum major septuagenario esse debeat. *Harp. n. 3.*

*Obj. l. 3. Cod. qui ætate vel professione se excusant.* ubi dicitur, *manifesti juri est, majores quinquaginta quamque annu movito ad munera personalia vocari non posse.* Ergo etiam qui major est LV. annis, non potest invitus vocari ad tutelam, cum & hæc munus personale sit; ergo ad excusationem a tutela non requiruntur septuaginta anni completi.

R. I. in d. l. 3. pro LV legendum esse septuaginta; confirmatur hoc ex verbis statum subsequenter: *Quoniam itaque sep-*

*magisterio majorem se esse profectus, tueri se potes jure concessio Harp. hic n. 3.*

R. L. oppositam loqui de muneribus merere personalibus, quæ potissimum opera & labore corporis expediuntur. *Brann. num. 14. loc. cit. b. t. Manz. num. 5.*

#### AD TERS. MINORES.

Olum & ille, qui minor est XXV. annis, excusabatur a tutela legitima. Sed Justiniani constitutione prohibetur ad tutelam curatorem aspirare adeo, ut nec opus sit excusatione §. 13. *hic.* ubi rano additur: cum sit incivile eos qui alieno auxilio in rebus suis adnustrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire. Ratio alia est: quia inutile est pupillo, ejusmodi habere tutorem, qui restituere possit interdum etiam contra pupillum. Hoc interim verum manet, quod supra §. 2. *qui testam. sus. dar. possi.* dictum fuit, minorem in testamento tutorem dari posse; ita tamen ut usque ad aetatem legitimam administrationem non possit suscipere. *Manz. n. 10.*

#### ITEM ET IN MILITE 14.

- <sup>20</sup> XIV. Excusationis causa est: *Militia.* Nam & milites, sicut minores, licet volentes, ad tutelam unus non admittuntur, idque adeo, ne a legibus & castris avocentur, atque ita res publica detrimentum sentiat. Veterani vero, qui scilicet honeste missi sunt, & iuramento soluti, perpetuo excusantur a tutela paganorum, non vero a tutela una filiorum convetorum. Adversus comminationum filios vacationem saltem per annum habent, & non diutius. *l. 8. ff. b. t.* ignominiose missi perinde habentur, ac si nunquam milites fuissent, non ergo excusantur, licet ab oneribus excludantur. *Perez. loc.*

An idem de militibus coelestis militie dicendum sit, vide *Manz. hic n. 7.* De jure Austriac. ita se habet. *Die Kriegs-Leute, &c. t. c. Milites pariter, qui actu militaria servitia nobis praestant, a tutela excusari volumus. de loc. §. 2.*

#### § ITEM ROMÆ 15.

XV. Excusationis causa est: *professio artis liberalium.* Etenim Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, a tutela, & cura habent excusationem. *l. 6. ff. b. t.* Ratio, quia publice juvenibus profunt, & respub. interest habere viros doctos, per quorum scientiam totus illuminetur mundus, *auth. habita, Cod. de filius pro patre.* nemo & abstrahendus est ab opere, a quo dependet respub. utilitas. *Manz. n. 2.*

Ut autem professores hic immunitas gaudeant, III. Conditiones requiruntur.

I. Est ut illas artes exercent, ac officio suo sedulo fungantur *text. hic* in verbo, *exercent;* neque circa operationem suam negligenter se habeant. Unde aliqui inferunt, quod scholaris sive studiosus non gaudeat privilegiis scholarium, licet sit inscriptus matricula, sive albo studiorum nisi lectiones frequenter & diligenter studeat. *Schmid. n. 6. hic. Harp. n. 19.* ubi prolixè hanc quaest. discutit.

II. Conditiō est, ut Romæ doceat, vel in sua patria, *text. hic & in l. 6. §. 11. ff. b. t.* Patria autem duplex est: propria sive originali ubi quis natus est, & communis, veluti Roma, quæ dicitur omnium civium Romanorum patria. *l. eos. qui 9. de vocat. & excusat. mun.*

III. Conditiō est: ut sint intra numerum. *l. 6. §. 4. ff. b. t.* quia supernumerarii non gaudent privilegiis numerariorum. Numerus autem pro diversitate

tate civitatum hic erat: Minores civitates habebant quinque medicos immunes, tres Rhetores & totidem grammaticos; Majores, septem medicos, Rhetores quatuor, & tot grammaticos; Maximæ decem Medicos, quinque Rhetores, & totidem Grammaticos. *Istius. n. 43.*

Q. VII. *An Legum Doctores & Advocati etiam immunitate hac gaudeant?*

R. *negative*, quia aptiores & rerum magis expertes sunt, ac provide ad tutelam magis idonei; nam ipsorum prudentia pupillis utilissima est. *Manz. §. 14. n. 11. h. t.* Quod si legum doctores aut Romæ doceant. *l. 6 §. 12. h. t.* vel in consilium principis assumpti sint, excusantur. *l. 3. ff. h. t. Manz. n. 1. & Schumbr. hic.*

#### §. QUI AUTEM 16.

Q. Quid si aliquis proposuerit, & allegaverit unam excusationem, vel plures, & in illis probandis defecerit, an adhuc illi uti possit? R. *Imperator omnino posse*; ratio est, quia excusationes sunt quædam quasi exceptiones, *nemo autem pl. ribus exceptioibus uti prohibetur l. nemo 8. ff. de except. l. 43. ff. de R. J.* Modo tamen intra tempora constituta proponantur; quæ sunt paria, non fieri, aut post tempus constitutum fieri. *Manz. n. 1. & 2.*

#### AD VERS. QUI AUTEM.

21 Q. In hoc. *§.* quomodo excusatio proponenda: an per viam appellationis, ita, ut aliquis intra decem dies ad Superiorem appellare debeat?

Diximus quod sic: ratio, quia, si alius per decretum aliquod munus impetratur, per quod se gravatum putat, ille debet statim ab ipso decreto appellare. *l. 1 ff. §. 1. de vocat. muner. ut ut si appellationis auxilio non utatur, consensu suo nominationem confirmet. l. 7.*

*cod. de appell.* ergo idem erit si per decretum aliqui tutela imponitur.

Verum hoc non obstante, R. Imperator, quod tutores dati a Decreto nominationis non appellent, *text. hic & l. 1. §. 1. ff. quando appell.*

Quod si tamen velint appellare puto prohiberi non posse. *l. 13. ff. & l. 18. Col. h. t.* ubi dicitur *non habent necesse appellare*. Ex quo inferitur: ergo possunt appellare, si velint. *Manz. n. 6. Harp. mon. 4.*

Ad rationem dubitandi conc. *antea. neg. conseq.* Ratio *differentia* est, quia tutela non est jurisdictionis, sed specialis concessionis. Non mirum ergo, quod appellatio in cæteris muneribus locum habeat: quia illa munera a Præsidibus vel Decurionibus Jurisdictionem habentibus imponuntur: vide de his subtilitatibus antiquis *Manz. n. 5. & Schumbr. hic* ergo circa hujus §. fusiorem explicationem me deinceps non volui; cum nulla exinde utilitas sperari possit.

#### §. D A T - U S 17.

Quid si pupillus habeat bona in diversis locis diffusa, & ei tutor a testatore simpliciter datus sit, quæ bona debet administrare? R. *Universa*. Ratio, quia tutor simpliciter datus ad universum patrimonium datus esse creditur. *text. hic.* Ratio rationis, quia tutor principaliter datur personæ, quæ individua est: ideo & ipsa tutela individua censetur. *Manz. hic.*

#### §. QUI TUTELAM 18.

Si quis tutor alicujus fuerit, is cura-  
23  
tor ejusdem invitus fieri non compellitur, tamen si id ipsum pater in testamento expressisset, ut non tantum tutor, sed Curator esset; ratio communiter datur, quia una gratia sibi præstita contentus

tenus esse debet. Excipitur libertus sponte a defuncto mancipatus, propter immensum eidem collatum libertatis beneficium. l. 5. *Cod. h. t.* De praxi & consuetudine locorum idem est curator, qui fuit tutor; quod expedire videtur, quia jam ante notam rerum gerendarum habet, quam alter primo acquirere deberet. Possunt tamen tutores hac consuetudine non obstante, finita pubertate, tutelæ rationibus redditus, administrationem deponere, & adulto curatorem dari petere; prout in Camera Spirensi sæpe factum testatur *Casil. lib. 3. observ. 67. n. 7.*

## §. I D E M 19.

**XVI.** Excusationis causa est *matrimonium*. Maritus enim a patre uxoris suæ in testamento aut Magistratu errore juris, vel facti curator datus, a curatione se excusare potest. *text. luc.*

*Dixi errore juris vel facti*: quia de jure maritus uxori non potest dari tutor. l. 2. *Cod. qui dari tut. poss.* Ut proinde improprie se excusare dicatur, quia etsi velit curator uxoris suæ esse, non potest. Ratio a D. D. hæc assignatur; ne uxor propter nimiam affectionem jacturam bonorum suorum patiat: quia si maritus curam uxoris gereret, tunc illa per amorem, aut per metum ipsi remissionem faceret reddendarum rationum, quod si non faceret, tunc mutuis ille amor & conjugalis affectus facile expiraret. *Manz. n. 4.*

Dicta autem procedunt in bonis *duntaxat receptis*. Pro hujus pleniori intellectu sciendum, quod uxor triplicia bona habere dicatur: *Bona dotalia*, quæ loco dotis marito offert; *Paraphernalia*, quæ ultra dotem ei offert, nimirum *hereditaria* & *adventitia*, quæ ipsi ex

successione cognatorum vel aliunde ex prospera fortuna adveniant; denique *bona recepta*, quæ uxor ad usum & dispositionem suam reservavit, nec mariti esse voluit. Et de his ultimis decisio nostri §. fortunæ locum, non vero de prioribus: ratio, quia maritus bonorum dotalium quodammodo dominus est, *L. pen. Cod. de jure dot.* Bonorum autem paraphernalium legitimus administrator est. *arg. l. for. Cod. de pact. convent.* ut ita frustra in his bonis de curatore prospiciatur. *Manz. n. 8. 9. & 10.*

Dices: Maritus potest esse procurator in omnibus receptis uxoris, l. 21. *Cod. de Procurat.* ergo etiam curator. *R. neg.* paritatem: quia procurator ex mero & libero arbitrio domini revocari potest; curator vero a minorenni revocari, aut amoveri non potest. *Manz. n. 16 Schamb. luc. & Harp. & n. 9.*

Hæc procedunt de jure communis; de consuetudine enim nostræ Germaniæ, uxores sunt in potestate vel saltem cura suorum maritorum, qui nostro idiomate *de Ehe. Vogt* vocantur, & plerumque in judicio agunt nomine uxorio vel curatorio. *Manz. n. 17.*

## §. F I N A L I S.

Si quis per falso allegatas causas excusationem à tutela præterdatis audiendus non est, & si intra hoc tempus pupillo, vel rebus ejus damnum aliquod illatum fuerit, de resciscendo tenetur: *Schneid. & Schamb. & luc.* Ratio est, tum quia decreta, aut sententiæ ex falsis instrumentis, attestacionibus & allegacionibus latæ ipso jure rescinduntur, *Harp. n. 3.* tum quia dolus suis nemini debet patrocinari, & nemo debet ex delicto suo præmissum reportare. *Manz. n. 4.*

TITULUS XXVI:  
DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL  
CURATORIBUS.

## SUMMARIA.

## TRANSITIO.

1. *Accusatio suspecti alia est civilis.*
2. *Alia criminalis.*
3. *Competit iure ordinario.*
4. *Quilibet tutor, ut suspectus, postulare potest.*
5. *Accusare tutorem ut suspectum quis possit?*
6. *An mulieres?*
7. *An impuberes?*
8. *Quis dicatur suspectus.*
9. *Tutor remouetur ob delictum sibi infamum.*
10. *Quis quid sit?*
11. *Alum bonus.*
12. *Alum malus.*
13. *Culpa in genere definitur.*
14. *Dirigitur in latum, leuem & leuissimam.*
15. *Culpa lata quid sit?*
16. *Quid leuiss?*
17. *Quid leuissima?*
18. *Causa fortuitum describitur.*
19. *Quam culpam prestat tutor?*
20. *Quæ sit causa suspicionis?*
21. *Infamia quid sit?*
22. *Alia iuris, alia facti.*
23. *Quis cuiuslibet effectus?*
24. *An tutor ob latam culpam remouetur fiat infamus?*
25. *An lue pendente tutor relinquatur in administratione?*
26. *Quomodo finatur cognitio suspecti.*
27. *Pauper an ut suspectus tutor remouendus sit?*

**S**uperiori tit. dictum est, quomodo tutores & curatores se à tutela & curatela excusare possint, si velint: jam vero, cum nonnunquam etiam inuici remoueantur, si nimirum suspecti fiant, forte quia non ex fide administrant tutelam, ideo Imperator explicat, quinam remoueantur ut suspecti.

Dices: quid prodest pupillo, quod tutor vel curator remouetur ut suspectus? nunquid eadem sufficienter adhuc tutelæ prospectum est? R. Propterea remoueri posse tutores, si suspecti fiant; quia melius est, iura intacta seruari ab initio, quam post vulnerata in causam remedium querere. *L. ult. Cod. de quib. caus. integ. restit. Harp. n. 3.*

## AD PRINCIP.

**Q**uæ hic: Vide descendat suspecti crimen. R. illud descendere ex *L. XII tab.* cum enim omnia alia quæ ad materiam tutelarum pertinent, ex ista lege dimanant; ergo etiam non conveniens erat, ut ex eadem i. g. suspecti crimen vindicaretur. *Manz. n. 3. hic.*

Suspecti autem accusatio duplex est, 1. alia civilis, alia criminalis. Civilis est quando civiliter agitur, & petitur, ut tutor vel curator declaretur suspectus, atque ab administratione remouetur, rationem tutelæ reddat, ac reliqua restituat. Criminalis est, quando tutor vel curator accusatur. *Cölingensp. h. t. 1. Schneid. n. 4. Schamb. hic.*



## §. DATUM. I.

Quemadmodum tutoris datio nec jurisdictionis, nec imperii, sed specialis tantummodò concessionis est, l. 6. §. 2. ff. de tutelis: ita & facultas de suspecti tutoris crimine cognoscendi specialis concessionis est. Hinc Romæ Prætor, in Provinciis Præfides de suspectis tutoribus cognoscere possunt. *text. hic*

- 3 Hodie de jure novo, quo inspecto datio tutoris est jurisdictionis ordinariæ, quilibet Magistratus de suspectis cognoscit; nihil enim tam naturale est, quàm unumquodque eò modò dissolvere, quò colligatur. *Harp. num. 3 Clariss. D. D. Franz. n. 14. in fine. Zosif ff. b. t. Schneid. num. 1.*

## §. OSTENDIMUS. 3.

- 4 Traditur hic regula, quòd omnes indistinctè tutores tamquam suspecti postulari possint, & quidem imprimis testamentarius. *text. hic. Et l. 1. §. 5 ff. b. t. junctis l. 4. Cod. cod.*

Non obstat, quòd fides & industria à testatore approbata sit. *princip. Inst. de fidejussoribus.* quid enim tum? numquid fieri potest, ut qui primùm bonæ vitæ vel frugis videbatur postea malè conversari incipiat? numquid fieri potest, ut morum improbitas antea palliata tandem tersa caligine in lucem fumet? numquid fieri potest, ut prius bonus, justus, parcus, & pupillo utilis fuit, deinde malus, iniquus, prodigus, pupillo noxius redatur? tutius proinde est, & pupillo utilis, ut neque testamentario tutori accusatione suspecti parcatur. *Clariss. D. D. Franz. n. 10. Schneid. 2. Harp. n. 1. in.*

Deinde tamquam suspectus accusari potest tutor legiti- mus qui necessitudine vel affinitate pupillo conjungitur. Interim

verò cùm suspecti postulatio quandoque intamiam irroget, §. 6. *Inst. h. t. l. 4. §. ff. cod.* Infamia autem uni ex familia illata, totam familiam perstringat, & sic in ipsum pupillum ejusmodi suspecti accusatio redundaret; Ideò cavendum est, ut postulatio suspecti moderatis verbis proponatur; mentio doli omittatur; aut potius pupillo curator adjungatur *arg. l. 11. §. 1. ff. de dolo malo Et l. 5. §. 1. ff. de obsequiis parentum. Et patron. præstand. Clariss. D. D. Franz. n. 10. Mauz. n. 7. b. Bruun tra3 de tut. ad lib. 26. tit. 10. n. 16. Bruunem. in l. 9 ff. b. tit. n. 2.*

De Attribano tutore, maxumè sine inquisitione dato, quin tanquam suspectus accusari, & removeri possit, nullus est, qui ambigat. *text. Et D. D. b.*

## §. CONSEQUENS. 3.

Q. Hic quinquam possint tutores vel curatores tamquam suspecti accusari: & accusationem quasi publicam esse, adeoque ad illam quemlibet de populo admitti, haud aliter ac in cæteris judiciis publicis. *text. hic. Et l. 1. §. 6. ff. b. t.*

## AD V. QUINIMO.

Quamvis regulariter mulieribus, non nisi certis ex causis, permittum sit publicò judicìo quemquam facere reum, l. 1. l. 2. l. 3. ff. de accusat. singulari tamen pupillorum favore ad accusationem tutoris tamquam suspecti, Mater, Avia, soror & nutritrix admittuntur. *text. hic Harp. n. 5.*

Sed quid de cæteris mulieribus, quæ nullo vinculo necessitudinis pupillo jactæ sunt; admittentur ne & iis ad accusationem suspecti? *Imperator*, si solè pietate in pupillum & injuria, quam eodem inferri cernunt, commove; ad accusandum proficiant, & sexus verecundiam non egrediantur, omnino illas ad-  
admic-

admittendus esse. *test. hic. Et l. 1. §. h. 2.* Ratio non est alia, quam merus pupillorum favor. *Mant. n. 9. Mysung. in fin. Et Vira. hic.*

#### §. IMPUBERES. 4.

- 7 Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: *test. hic.* Ratio est: quia in postu adis tutoribus æquam suspexit certo & maturo animi iudicio opus, ad perpendendum, an tutor quid segnier aut fraudulenter gerat: tali autem iudicio impuberes sacere, quis est, qui nescit, quod iugum ut excuterent, quæque fingerent, & causas suspitionis evitarent; sunt enim impuberes ad mentium faciles. *l. ff. de quæst. Vin. loc. cit.*

#### AD VERE PUBERES.

Cæterum puberes curatores suos ut suspectos postulare possunt, non tamen per se soli, sed ex consilio necessarium suorum; quod consilium idcirco requiritur, ne alias ætatis lubrico ducti temerè notent curatores. *Mant. n. 12.* Si necessari consentire renuant, poterit implorare officium iudicis, ut hic ex officio inquiret. *l. 3. §. 1. ff. h. 2.*

De iure Austriaco non pupilli duntaxat agnatis & cognatis, sed & consutoribus, nec non Magistratibus rigorosè tutorum sedulum & sollicitam curam gerant. *N. Oc. Gerhabschaffts Ordnung tit. II. §. 2. und obwoblen. &c. i. e. Et quamquam cognatis Et consutoribus impositum sit ut ei res sollicitè vigilent, quæ iudici denunciare queant, iubemus tamen iudices singulos administrationis Tutorum curam sollicitam ex officio gerere.*

#### §. SUSPECTUS. 5.

- 8 Suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam vel curam gerit, h. e. qui

malè grassatur, vel fraudulenter in rebus pupilli, vel minoris versatur, bonis dissipando, profundendo, aut in proprios usus res pupillares convertendo.

Quid si tutor tanquam suspectus accusatus regeat, se solvendo esse & finitæ tutela de malè gestis rationem reddere velle? Nihilominus tamen removendus erit, melius enim est pupillorum iura intacta servare, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *test. hic.*

Quid si quis dicatur suspectus, priusquam tutelam gerere incipiat? Erit & talis ut quasi suspectus removendus. *test. hic. Et l. 3. §. fin. ff. h. 2.* Dico quasi suspectus, proprie enim removeri non potest quia tutor non fuit, *Schem. Et Mant. hic.*

#### §. SUSPECTUS. 6.

Effectus accusationis suspecti est remotio tutoris, quæ si fiat ob dolum administrationis admissum, infamiam irrogat. Si vero tutor ob culpam solummodo removeatur ut suspectus, exilium infamiam illam servat. *test. hic. Et l. 3. §. ult. ff. h. 2.*

Illud tamen ad irrogandum tutori infamiam requiritur, ut iudex causam remotionis, intelligo, dolum in decreto discretè expresserit. *l. 4. §. 1. ff. h. 1.* Et in hunc sortè modum pronuntiaveris: *Wilen. &c. i. e. Quoniam satis apparet Sempronio dolo, in detrimentum pupilli, lucrique faciendi causa, tutelam gestisse &c.* Sin iudex expressam doli mentionem in decreto non fecit, tutor remotus infamiam non redditur, sortè quia taliter pronuntiavit; &c. *Wilen. genusam &c. i. e. Quoniam sufficienter probatum sit rem pupillo damnosum esse, nec administrationi idoneum &c. Brunnem. in d. l. 2. §. 1. Et 2.*

Porro cum occasione hujus §. vehementer

menter inter se collidentur. Ad. si que expeditum non sit, de qua et per ista verba, *ob culpam non agitur*, intelligenda sunt. Iteo proutquam in hac ubi tante difficultate nostram querentem aperiamus, duxi, non abs re fore, si seqq. IV. discutiantur quæstiones.

I. Est, quid & quoduplex sit dolus & culpa? II. quomodo culpam prælector? III. quæ sint causæ suspitionis & remotionis? IV. quid & quoduplex sit infamia? Itaque

10 Q. I. quid est quoduplex sit dolus & culpa? R. quod dolus in genere à variis variè definitur, placet, quod sit iuvandi nocendique causâ simulatio, *Bargal. de dolo & culpa lib. 1. cap. 1. Harp. Infr. §. 2. de obligat. n. 66.*

11 Alius est bonus alius est malus. Dolus bonus est solertia & quedam astutia, qua aliquid machinamur in hostem, aut latronem. *Caus. Dominus caus. 23 q. 2. si ve qua fraudem alias nobis nocitum excludimus. l. 1. §. 2. & §. 3. ff. de dolo malo. Schamb. Infr. hic.* Exempla doli boni plurima recenset *Bargal. loc. cit. cap. 2. n. 6. & seqq.* Mihi istud præ cæteris placet, quod scriptum legimus de B. Athanasio, qui cum a Juliano Apostatæ satellitibus conquireretur ad nocem, naviculam in contrariam hominis partem convertit & insequentibus se, sponte, & ex industria occurrit, cuique interrogaretur, nunquid de Athanasio sciret? in responsum dedit, se haud procul hunc illum navi euntem vidisse, atque ita illos contrarium cursum tenentes sagacior effugit, ac ita bono dolo imminentem sibi mortem excludit. Hoc etiam sensu intelligendus est Pomponius in l. 16. §. penult. ff. de minor. ubi ait, naturaliter licere contribuentibus se circumvenire ratione pretri & valoris, i. e. licere ex astutia & solertia suam conditionem meliorem fa-

cere, sine omni tamen malitia. *Perez. in Cod. de dolo malo. n. 2.*

Lo us malus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenientium, fallendum, decipiendum aliorum subibit, l. 1. §. 2. de dolo malo, *Perez. loc. cit. n. 1. Manz. Infr. quib. mod. recant. obli. §. 2. n. 2. Schamb. Infr. hic. Harp. Infr. §. 2. de obligat. n. 27.* Exemplum doli mali est, si tutor instigaret aliquem, ut rem pupillarem, aperta hunc in suam astit, surriperet, venderetque, & proximum exinde redactum secum participaret. Alia exempla doli mali enumerat *Bargal. loc. cit. lib. 2. cap. 3. n. 8.*

Culpa in genere definitur, quod sit imprudentia, quâ homines circa res alienas vel omittunt quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere. *Harp. loc. cit. n. 74. Clariss. D. P. König. ad decret. de pœl. n. 56. Paulo alter Clariss. D. D. Franz. Infr. quib. mod. recant. obli. pars. 2. §. 9. n. 15. Manz. loc. cit. n. 4. Solide Schamb. hic.*

Dicitur I. imprudentia, ut differat à doio, quia a scientia & prudente, non ab improvido & inscio committitur, d. l. 1. §. 2. de dolo malo.

Dicitur II. circa res alienas, in res enim proprias culpa propriè non cadit, l. 18. §. 1. ff. de iur. matr.

Dicitur III. vel amittens, quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere, quoniam culpa dupliciter fit, puta, committendo & amittendo. Illa tamen quæ in committendo consistit, major est, quam quæ in amittendo, arg. l. 91. §. 3. ff. de V. O. *Bargal. tract. de dolo & culpa lib. 5. cap. n. 14.*

Dividitur culpa (quidquid alii contra dicant) in istam, levem, & levissimam, l. 1. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n. 16. D. P. König. loc. cit. n. 1. Manz. loc. cit. n. 6. Schneid. Infr. quib. mod. recant. obli. §. 1.

n. 37 *Harp. loc. cit. n. 78. Bargall. loc. cit. n. 37.*

- 15 *Culpa lata* haud inconcinne describitur quod sit crassa ignavia, magna incuria lupina, inexcusabilis, & extremè reprehensibilis negligentia, cum videlicet quis non intelligit, quod omnes intelligunt, illud nescit, quod omnes scire debent, illud non facit, quod omnes facerent, vel omittit, quod nullus omitteret, l. 223 ff. de V. S. Manz. loc. cit. n. 6. Exempla culpe latae sunt, v. g. si quis noctu ostia redium, vel fenestras relinqueret apertas, & crederet, neminem intraturum. Item si quis ignorare se contenderet, quod publicè vulgatum. Item si quis equum conductum totà die fatigaret ac impelleret, & noctu locò pabuli aquam & stramen porrigeret: vel si quis totò anno semel, aut nunquam curaret caninum purgari.

Hæc culpa in iure dicitur dolo proxima, & dolo frequenter comparatur, l. 1. §. 1. ff. si mensur fals. mod. dixer. §. l. 32. de posu.

- 16 *Culpa levis* est non adhibere tantam curam, diligentiam, & custodiam, quantum adhibet diligens paterfam. in rebus propriis secundum communem hominū naturam Schneid. loc. cit. n. 39. Manz. n. 7. Exempla hujus varia occurrunt, v. g. si tutor dimittit rem pupillarem in cubiculo, cura non oculata, vel clave non exempta. Item si quis non clausit altiores fenestras, per quas fures adnotis scabulis intrare possunt. Item si quis adhibeat operarios inertes. Item si quis nesciat qualitatē rei lux, Bargall. cit. lib. 5. cap. 3. n. 14. & l. 1. Clariss. D. P. König de p. §. 57. Cui hanc culpam regula obtinet quod si res illa intelligatur, quoties simpliciter in legibus fit mentio culpe, §. Inj. quib. mo. l. re contrab. oblig. l. §. 2. ff. de conno. lat., Harp. Inj. de obli.

gat. §. 2. n. 83. Clariss. D. D. Franz. Inj. de susp. tut. n. 21. Bargall. loc. cit. n. 18.

*Culpa levissima* est, non adhibere tantam diligentiam in rebus alienis, quantum adhibet diligentissimus paterfam. in rebus suis, v. g. si depositarius vel tutor dimittit rem depositam vel pupillarem in cubiculo, occluditque diligenter januam, sed abiens non removet clavem, & tentat, clausa rectè sit janua. nec ne? Schneid. §. quib. mod. re contrab. oblig. n. 4. vel si quis fenestras versus publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clavis, aut ferreis perticis Clariss. P. König. loc. cit. n. 56.

Casus fortuitus est *improvisus eventus*, qui nulli humanā industria aut providentia averti aut averti potest. l. 2 §. 7. de admuni. ver. ad ciuit. per. Exempla casus fortuiti in iure nostro præmuta reperies ut navifragia, inundationes, terræ motus, incendia ex fulmine orta, riuus adum, insultus hostium, prædonum impetus &c. l. 23. de R. J. quibus adnumera furtim domesticum: arg. l. 14. §. 6. ff. de fure. Schneid. ad princip. quib. mod. de re contrab. oblig. 34. Harp. Inj. de oblig. §. n. n. 85.

Absolvimus primam questionem: Nunc

Q. II. quam culpam præstet tutor, si vero (ut luculentior tibi loquendo siam) ex qua culpa teneatur tutor datum pupillo damnum restituere? R. tutorem regulariter teneri de lata & levi culpa, ut Clariss. D. D. Franz. Inj. de fideiuss. Tutor n. 10. Hinn. ad Trout. vol. 2. disp. 9. obs. 5. Carpzov. lib. 5. Resp. 73. n. 1.

Probatür (ut plura loco sileam) per rotundum text. l. 7. Cod. arbitrium tutela, his verbis: Quicquid tutoris dolo vel lata culpa, levi seu curatoris iniures amiserint vel cum possint, non acquiescent, hoc in

*tutela seu negotiorum gestorum nullo iudicio venire non est incerto juris.*

Non obstat l. 1. §. 2. ff. commodari ubi si contractus plane non respicit utilitatem obligari, non praestatur nisi lata culpa. Et enim à communi regula hoc in passu favore pupillorum recessum esse. *Fraxa d. loc.*

Dixi regulariter, in casu enim quo tutor sponte se administrationi obicit, ad levissimam quoque culpam censetur obstrictus §. 3. §. ff. de furt. Et arg. l. 1. §. sepi. ff. depositi. *Bergal traç. de dolo Et culpa lib. 1. cap. 4. n. 32. ubi n. 32. ait, in officiis & muneribus publicis quale est tutela, §. 1. Inst. de Excus. tut. quorumquam non nisi ad levem culpam obligari.*

- 20 Q. III. *Qua fuit causa suspicionis, & rrimoniis?* Et illas in universum determinari non posse, adeoque hac in re, quam plurimum boni iudicis arbitrio committendum esse, Schenid tamen §. Inst. h. t. m. 6. earum VII. recenset: ubi vide.

De iure Austriaco res ita se habet. *Wann man, &c. i. e. Si animadvertatur Tutorem numeribus, abesse ratione in totum utrophque, nullam irrotationem conficisse, pupillo male educare, in eorum bonis delictu agere, nec in lucrum sine veritate, aut si quando necessitas Et consensus iudicis ad vendendum requisitis, citra necessitatem vel consensum vendiderit, aliter meturus; si consensus reprobatur acquiescere fuit: ista vel similibus de causis, poterit Et debet Tutore, iudicis tamen arbitrio, revocari.*

- 21 Q. IV. *Quid Et quatuorplex sit infamia?* Infamia est nihil aliud, quam diminutio honoris vel existimationis, quae est dignitas à nobis status legibus ac moribus comprobatus. l. 1. §. 1. ff. de extraord. cognit. *Perez. n. 4. Cod. ex quibus caus infam. irrog. Schenid. §. 6. Inst. hic.*

Infamia duplex est: alia juris, alia facti. Infamia facti est, quae pudorem potius enerat, quam ignominiam irrogat, l. 20. ff. de his, qui notant. *Infamia* live ut clarius loquar, quando lex quidem aliquem non ait esse infamem, àpud homines tamen fortè propter dissolutos mores aut vitæ improbitatem non bene audit, v.g. si filius à patre in testamento graviter accusatus fuerit. l. 13. ff. cod. vel si quis à superiore vel à iudice publice increpatus, Et admonitus fuerit, ut ad viciatissimas vias frangere se reformet. l. 19. ff. h. t.

Infamia juris est, quae per legem aliqui invenitur: talem infamiam incurrit, qui huius nuptias eodem tempore contrahit. l. 1. l. 13. ff. cod. Item qui in scenam aut arenam prodit, quaestur facienda causa à l. 1. Item qui improbum forum exercet, & usuras usurarum exigit. l. 20. Cod. Ex quibus caus infam irrog. Denique qui dolose tutelam gerit. *sent. hic. Perez. loc. cit. n. 4. Zolf. de his qui not. in sepi. nom. 2.*

Effectus alius est infamiae juris, alius facti infamiae facti illa repellit à dignitate, tum acquirendi, tum acquisitae h. b. 2. Cod. de dignis, à muneris testificandi. *Zolf. num. 15. Perez. num. 15. loc. cit. Brunnem. in d. lib. 2.*

Infamia facti non quidem excludit à testimonio, sed vim testimonii vehementer minuit. l. 3. ff. de Senat. Zolf. d. l. n. 1. *Brunnem. in d. l. 2 ff. de Senat. Et l. 3. Cod. de dignis.* ubi varias hominum condiciones à dignitatibus consequendis repellit, & munerum nobilitati vehementer ait efficere. Cui suffragatur *Mys. cens. 6. chf. 14. n. 5.* Ubi sub n. 9. Nobiles, inquit, qui se à crimine implicat, cogendos, tanquam plebeios & viles, contribuere solvendis collectis.

Hic in antecessum præmissis tandem vix moræ non inspicies,

24 Q. V. An tutor remotus ob culpam latam fiat infamis?

In utramque partem prælio adeo incipiti agitata hæc est controversia, ut omnino dubitare possis, suspensio similis, cui sententiæ palma victoriæ decernenda sit.

In Negantium castris ad classis evadunt Clariss. D. D. Præm. Inst. tit. n. 20. H. v. p. §. 6. tit. n. 2. Arum. exercit. Inst. tit. 3. ib. 33. Clariss. D. D. Obinger. Inst. h. t. q. 9. Brum. trad. de tutel. ad tit. de susp. tutor. tit. 27. Schneid. n. 2. Manz. tit.

Pro qua negativa sententiæ argumenta stringunt validissima.

I. Desumitur ex hoc nostro §. 6. his verbis: *Suspectus autem remotus, quidem ob dolum famosus est: si ob culpam ob non aquè* En tex. non indistinctè & generaliter loquitur; ergo nos non oportet distinguere, præcipue in lege penali, ubi semper interpretatio faciendâ est in minorem partem, l. pen. ff. de pen. §. cap. 19. de R. J. in 6. atque benignior interpretatio est, si d. §. 6. intelligamus de culpa lata, ut sensus emergat iste: Ob culpam latam non aquè.

II. Taliter adornant: dictum de genere vel toto; censetur dictum de singulis speciebus & parti us; arg. l. 68. ff. delegat. 3 l. pen. §. ult. ff. de iur. et facti. ignor. §. l. ult. Cod. de hered. vel. auct. vendit. Sed Imperator generaliter & in seipso negat, ob culpam remotam fieri infamem, ergo nulla culpa infamat remotum.

III. In hunc modum efformant: ob culpam latam nemo potest privari vici, l. 7. ff. ad leg. Cornet. de Sicarn. ergo etiam ob culpam latam nemo poteris

privari famâ; decantatum enim est, quod vici & fama pari passu ambulent. l. 9. ff. de marit. off. vindict. §. l. 2. §. pen. ff. quod metus causâ.

IV. Depromunt, ex l. 7. Cod. de suspect. tutor. ubi in hæc verba discretè retribuitur: *Suspectos tutores ex dolo, non etiam ex, quia ob negligentiam remota sunt infamæ fieri, manifestum est.*

V. Produciunt, ex l. 3. §. fin. ff. h. t. ubi tutor remotus ob negligentiam, rusticitatem, inortiam, simplicitatem in ea causâ esse dicitur, ut integra exstimationis à tutela abeat, quæ verba collostrat semper utique latam involvunt.

VI. Stringunt, ex l. 7. §. 1. ff. h. t. ubi remotus ob latam negligentiam dicitur solummodo quasi suspectus; ergo non est verè talis, consequenter non removens.

VII. Sic offingunt: ob quam culpam tutor non potest removeri tamquam suspectus, de illâ culpa non potest intelligi noster §. 6. sed ob culpam levem tutor non potest removeri ut suspectus; ergo de culpa levi §. 6. non potest intelligi. Hæc argumentò utitur Brum. loc. cit. n. 27. vers. probatur 2.

Verum his argumentis licet valde speciosis, in contrarium nihil revelantibus, non attentis, magis arridet sententiæ, quæ docet tutorem ob culpam latam remotum fieri infamem. Hic sententiæ applaudunt Hum. ad Treutl. vol. 2. diff. 9. quæst. 20. Bucher. ibid. tit. C. Zoz. ff. h. t. num. 9. Schamb. Inst. tit. V. n. 10.

Pro qua stant hæc fundamenta

Primum & præcipuum ponitur in l. quod Nervæ 32. ff. de positi ubi lata culpa æquiparatur dolo: imò in 226 ff. de R. S. lata culpa discretè dicitur esse dolus, §. ut l. 7. §. 1. ff. h. t. lata culpa dicitur propè fraudem esse.

Non movet, quod in delictis lata culpa non equiparetur dolo. *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Scuris*: hic autem versumur in delictis. Enim vero id tunc demum procedit, si talia sunt delicta, quae poenam corporalem ingerunt, & *l. 7. secus est in delictis*, quae poenam corporalem non ingerunt, in his enim lata culpa equiparatur dolo. *l. 1. §. 1. ff. Si mensor, falsi. mod. dixerit*, ubi si mensor falsum modum renuntiat, lata culpa equiparatur dolo; atque mensor, falsum modum renuntians, delinquit, tot. tit. ff. si mensor fil. mod. Ergo in delictis, quae poenam tantum non ingerunt, lata culpa equiparatur dolo. Accedit *l. 11. ff. de his, qui notant, causam*. Ubi per ignorantiam juris ducens vidua in intra tempora luctus fit infamis: sed ignorantia juris non est dolus; ergo, &c.

II. Colligitur *l. 3. §. 2. ff. de commodat.* & *l. 23. ff. de R. J. junctat. 2. §. 1. ff. Nuntia, caupones, stabularii*. Quibus locis per regulam traditur, quod toties, quoties in jure simpliciter fit mentio culpe, intelligatur culpa levis, atque in nostro §. VI. fit simpliciter mentio culpe, ergo, intelligi debet culpa levis.

**Argumenta Contraria nullo labore profligantur.**

I. Quidem ex paulo ante allegata regula prosterntur; quoties enim simpliciter fit mentio culpe, intelligitur culpa levis. Nec movet, quod in dubiis interpretatio fieri debeat in maiorem partem; negatur enim suppositum, nos versari in dubiis: siquidem per textus adductos meridiana luce clarius ostenditur, latam culpa non excepto crimine poenam corporalem ingerente, equiparari dolo.

Deinde quando de sententia juris quiritur, usus praecipue spectandus est *l. 37. ff. de L. L. de usu autem verb. hic quoque*

ricur, non de eo producendo per interpretationem *Voss. loc. cit.*

II. Procedit, si generis & speciei, item totius & partium sit eadem ratio, quae nostro in casu diveria est; lata enim culpa equiparatur dolo, idque ex auctoritate juris, prout abunde demonstratum.

Ad III. *§. Vitam & famam non semper ambulari pari passu*, sed eo forte duntaxat casu quo militat favor libertatis, sicut in casu cit. *l. 9. Accedit l. 38. §. penult. ff. ad Leg. Jul. de adult.* Ubi dicitur, quod cuius famae parcendum est, multis magis parcendum vitae, ut satis innuatur vitam & famam non ubique pari deambulare passu.

IV. Nec huius, nec pili est; quis enim non intelligit, per negligentiam ibi designat duntaxat levem culpam?

V. Eadem responsione eliditur, quae legitimitas, rusticitas, inertia, & simplicitas ibi levem tantum culpam denotant.

VI. Exinde nihil probat, quia potius confirmat quod innuit nostris sententia. Quis enim adeo hospes est in jure, quin intelligat Particulam quae ibi designare, quod particula *tantum*, utpote, *vehit*.

Ad VII. & ultimum *§. conc. quaj. nego min.* falsum enim est, tutorem ob levem culpam removeri non posse ut suspectum; enim vero omnis ille, qui tutelam non ex se administrat, potest removeri ut suspectus; & licet remotus ob culpam levem non fiat infamis, non tamen sequitur, removeri non posse, si id pupilli utilitas exigit, aliud enim est, posse removeri tutorem, aliud fieri infamem. a *Somering. Inst. b. t. n. 8.*

Quibus omnibus pro & contra deductis, patet in vigore juris, tutorem ob levem culpam remotum, fieri infamem licet judicando contractum servari posse, surtu.

autumet *Brisonem. in l. ult. Cod. h. t.*

## I QVIS. 7.

25 Q. Hic, *an lite pendente, live an durante suspecti cognitione tutor in administratione relinquatur, nec no?*

Dixeris quod sic, quia pendente lite nihil innovandum *Clement. 2. § tot. tit. xi ut lite pendente.*

Verum hoc non obstante *§. Imperator*, quod interea tutori interdicitur administratio, donec cognitio finatur, & pupillo curator detur. *Manz. 3. Schneid n. 5. Myns. num. 5.*

## §. SED SI. 8.

26 Q. Hic, *an suspecti crimen aliquando finitur?* *§. si tutor vel curator moriatur*, etiam finiri cognitionem suspecti, ita ut nihil ad heredes eorum transeat. Ratio: quia per accusationem suspecti aliud nihil intencitur, quam ut tutor removeatur, per mortem vero laus utique removeatur. *Clariff. DD. Franz. n. 22. b. t. ubi & hanc rationem addit*, quod crimina morte reorum generaliter omnia extinguuntur. *l. 2. l. Cod. si reus vel accusatus mortuus fuerit.*

## §. SI QVIS TUTOR. 9.

Q. In hoc, *an tutor nulla alia pena afficiatur, quam pena infamia?* *§. duos esse casus*, quibus tutor non solum removeatur ut suspectus, sed etiam gravius puniatur. I. Casus est, si tutor citatus apud Praetorem sui copiam non faciat, & sine iusta causa pupilli, ut ex illis eidem alimenta pro dignitate status, & quantitate patrimonii decernerentur, indicare renuat; tunc enim

*Rees ad Insuperata.*

pupillus in possessionem bonorum tutoris immittitur. *text. hic.* Et si adhuc tutor, ista missione non obstante, pupillo alimenta non praestet, removendus est, ut suspectus. *Manz. n. 6. § 7.*

## §. SED SI. 10.

II. Casus est, si tutor quidem sui copiam facit, sed per mendacium negat, pupillo alimenta decerni posse. Hoc enim casu non tantum removeatur, ut suspectus, sed etiam ad praefectum urbis puniendus remittitur. Sed qua poena? *Manz. n. 1.* arbitaria, quae toties locum habet, quoties leges volunt, aliquem puniri. Speciem tamen poenae non exprimunt. *l. 1. §. 1. ff. de effrict. Menoch. de arbit. Jud. quest. cas. 401. num. 18.*

## §. LIBERTUS II.

Idem quod de tutore puniendo mox ante dictum est, extenditur ad libertum, qui fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni sui gessisse probatur. *text. hic. § l. 2. ff. b. t.*

## §. NOVISSIME FIN.

Quid si tutor suspectus satis offerat, & caveat se impofterum fideliter administraturum tutelam; erit tamen removendus: satisfactio enim malevolum tutoris propositum non mutat. *text. hic.*

An laborans paupertate ut suspectus 27 removendus: *§. quod non*, quia suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam gerit. *§. 5. b. t. qualis non est pauper.*

Dices: testis pauper. *l. 3. ff. de testib. pater adoptivus pauper. l. 17. §. 2. de adopt. accusator pauper. l. 10. ff. de accusat.*



*fat. sunt suspecti; ergo etiam tutor. &c. cons aut nego consq.* Tametsi enim in iure reperiantur casus, quibus paupertas nocere solet, non est tamen facien-

da extensio ad casus diversos; odia enim restringi, & favores convenit ampliari. *Cop. odia de R. J. in 6. Manz.*

## FINIS LIBRI PRIMI

## INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

Omnia ad Majorem DEI, Supremi Judicis Gloriam. Et intaminatæ Virginis sine labe Originali Conceptæ MARIÆ Advocatæ Nostræ honorem.





# INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER II.

## TITULUS I

### DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IP SARUM DOMINIO.

#### SUMMARI A.

- |   |   |
|---|---|
| 1 <b>O</b> bjectum Juris triplex est.               | 13 Res Universitatis qua dicantur?  |
| 2 Res alie sunt divini, alie humani Juris.          | 14 Item, qua res dicantur nullius?  |
| 3 An servitutes dicantur in bonis nostris esse.     | 15 Res sacra qua sint?  |
| 4 Que res dicantur esse communes?                   | 16 Et, ut tales efficiantur quid requiratur?                                    |
| 5 Publicum & commune in Jure quoadque confunduntur. | 17 Res sacre alienari nequeunt.   |
| 6 An detur Dominium maris?                          | 18 Limitatur in tribus casibus.   |
| 7 Quanam res dicantur publicae?                     | 19 Res Ecclesiastica commercio humano obnoxia sunt.                             |
| 8 Flumen privatum in quo differat a proprio?        | 20 Res Religiosae qua dicantur?   |
| 9 Littus quid sit?                                  | 21 Mortuum inferre an & quando liceat in locum communem.                        |
| 10 Quo modo differat a portu?                       | 22 Corpus hominis si dividatur, quis locus sit religiosus?                      |
| 11 Ripa quid sit?                                   | 23 Si cades in consensibus commissus sis, quis dicatur Jurex competens delicti? |
| 12 Item, an publica sit? an privata?                |   |

- 24 *Res sancta qua dicantur?*  
 25 *Qua delinquit in portus & muros civitatum, puniatur capite.*  
 26 *Res singulorum qua sint?*  
 27 *Definitur Dominium.*  
 28 *Et traditur ejus descriptio.*  
 29 *Princeps an possit subditos jure quasi-  
 to privare?*  
 30 *Occupatio quid sit?*  
 31 *An princeps jure venandi subditis  
 adimere possit?*  
 32 *Feripeta an poena mortis affici possit.*  
 33 *Apes an dicantur animalia mansueta,  
 an fera?*  
 34 *Columbas fure criminis furti non licet  
 capere.*  
 35 *Occupata in bello cui cedant?*  
 36 *Inventio quando dominium tribuat?*  
 37 *Si duo simul gemmam videant an cadat  
 videnti an occupanti.*  
 38 *Alluvio quid sit, & quando domini-  
 um operetur.*  
 39 *Insula alia est naturalis, alia causalis.*  
 40 *Insula cui cedat?*  
 41 *Alienus quid sit, & cujus sit?*  
 42 *Inundatio quid sit?*  
 43 *Quid sit specificatio, & cujus fiat res  
 specificata?*  
 44 *Requisita specificationis enumerantur.*  
 45 *Intextura quid sit?*  
 46 *Quid confusio?*  
 47 *Quid commixtio?*  
 48 *Inedificatio quando in solo edificantis sit  
 ex aliena materia, cui cedat edificatio?*  
 49 *Altitudo dupli de tigno juncto datur etiam  
 in bona se se jungentem.*  
 50 *Quid juris sit, si quis ex sua materia  
 in alieno solo edificaverit?*  
 51 *Impense abe sunt necessariae, aliae uti-  
 les, aliae voluptuariae.*  
 52 *Quales impensas bona & male fidei  
 Possessor deducat, aut tollat.*  
 53 *Impluvium quid sit?*  
 54 *Quomodo decimum tribuat?*

- 55 *Satio quid sit.*  
 56 *Item, quid Scriptura?*  
 57 *Item, quid Pictura?*  
 58 *Perceptio fructuum ex re aliena, quomodo  
 bona fide possidemus, qualis sit?*  
 59 *Fructus quotuplices sint?*  
 60 *Naturales, an bona fidei possessor suos  
 faciat?*  
 61 *An extantes teneatur restituere?*  
 62 *Mala fidei possessor quales fructus suos  
 faciat?*  
 63 *Colonus quales fructus acquirat,*  
 64 *Usufructuarius in locum deportativum  
 arborum an teneatur alias substitu-  
 tuere?*  
 65 *thesaurus quid sit?*  
 66 *Et an, & quando cedat inventori.*  
 67 *Item quid juris, si in loco publico,  
 sacro, vel religioso repertus sit?*  
 68 *Quid deinde, si in fundo feudali,  
 vel Emphyteutico reperatur?*  
 69 *Traditio, ut dominium in acceptan-  
 tem transferas, qua debeant concurrere?*  
 70 *Error circa causam, an impediat trans-  
 lationem domini?*  
 71 *Errata venditio non transfert domi-  
 nium, nisi presum exsolutum, aut  
 fides de pretio data sit.*  
 72 *Traditio per brevem manum qua  
 dicatur?*  
 73 *Traditio ficta, quomodo fiat?*  
 74 *Missilia cui cedant?*  
 75 *Regi de rebus quando fiant occupantis?*

## C O N N E X I O.

**D**ICTUM §. *fin de J. N. G. & C. I*  
 omne Jus Romanum, quo nos  
 utimur, vel ad Personas pertinere, vel  
 ad Res, vel ad Actiones; ita ut tria sint  
 partialia Juris objecta. Cum itaque in  
 Libro I. actum sit de Personis, nunc  
 primo objecto Juris, juxta ordinem sequi-  
 tur, ut de Rebus, veluti altero Juris  
 objecto,

obſectio, agatur. Nos autem huc rem non conſideramus phyſice, contemplan- do ejus eſſentiam; ſed juridi- ce, conſiderando jus, quod circa rem habemus, *Atena. prim. Inſt. hoc n. 5.*

## AD PRINCIP.

2. Res (inquit Imperator) vel ſunt in patrimonio noſtro, vel extra patrimo- nium noſtrum; non vero ſatis declarat, quæ dicantur eſſe in patrimonio noſtro, & quæ extra patrimonium: itaque no- ſtrum eſt, id luculentius explicare; & tamen ſi ætiori ſignificatione res in pa- trimonio noſtro illæ dicantur, quæ a Patre profectæ ſunt & ex ejus hereditate, adeoque quæ certo & proprio domi- nio poſſidemus *l. 9 ff. rem pupill. ſatum fore l. 8 ff. famul. herediſ.* hoc tamen loco in patrimonio noſtro eſſe, nihil eſt aliud, quam eſſe in bonis noſtris *l. 1. ff. de D. R.* in bonis autem noſtris id omne com- muni dicitur, ad quod poſſidentes ex- ceptionem, amittentes actionem ad re- ceperam um habemus, *l. 42 ff. de A. R. D.* Unde ſua ſponte ſunt, in patrimo- nio noſtro non illæ duntaxat res exiſte- re, in quibus verum, ſed & illas, in quibus habemus quaſi dominium. Sic non eſt dubium, tam res corporales, quam incorporales contineri in patrimo- nio noſtro, v. g. Jura, ſervitutes, no- mina debitorum &c. Ratio eſt, quia & harum reſpectu habemus exceptionem & acti- onem, *l. 4 ff. de V. S. Harp. Inſtit. hoc. num. 163 Chingon q. 3. b. e.* Extra patrimonium noſtrum dicuntur eſſe res, quæ de ſacto in nullo privati ſunt pa- trimonio vel dominio; v. g. res commu- nes, publicæ, Univerſitatis, nullius &c. Sane hæc diviſio minus videtur eſſe accu- rata, ut diſtinctum eidem inſtiterit, non ſit. Melius forte ſeciſſet Juſtin ſi dixiſ- ſet, res alius eſſe divini, alias humanæ

Juris. Divini Juris, quæ neque actu, neque potentia humano commercio ſunt obnoxie. Res divini Juris ſunt v. g. res Sacre, Sanctæ, Religioſæ. Res humani Juris iterum vel ſunt in patrimonio no- ſtro v. g. extra patrimonium noſtrum. Il- læ ſunt, quæ in Domino privato ſingulorum exiſtunt, v. g. Dominus, ager, &c. quem quis, tamquam proprium poſſidet. Hæ dicuntur, quæ deſecto in nullius dominium pervenerunt. Hæ pertinent res communes, publicæ. Un- verſitatis &c. de quibus omnibus in or- dine.

Dices: ſupra aſſertum eſt, ſervitutes 3 eſſe in bonis noſtris; ſed ſervitutes non ſunt in bonis noſtris, *l. 1 ff. de uli. & uſufr. per legat. dat.* ergo. Hæc ipſa lex, quantopere torſerit Doctorum ingenia, dici non poteſt, & ſane tot ſunt ejus interpretationes, quot interpretum ca- pita. Mihi placet illa reſponſio quod JConſultus non aſſerat, ipſam ſervitu- tem, in fundo alterius conſtitutam, non eſſe in bonis noſtris, ſed duntaxat uſum- fructum ſervitutis, v. g. itineris, in fundo alterius conſtitutam non eſſe in bonis noſtris, quia ſervitus ſervitutis con- ſtitui non poteſt. Itaque cum in *d. l. 1.* uſusfructus ſervitutis legatus eſſe propo- natur, quaeritur, an tale legatum valeat? & deducitur, non valere, quia ille uſus- fructus neque in bonis, neque extra bona eſt, quia ſervitus ſervitutis conſtitui non poteſt; proinde in ſtriſto Jure legatum tale corrumpit. Ex æquitate tamen legatio in *d. l. 1.* applicatur incerti ac- tio, quæ petit ab herede, ut liceat ipſi legatario, quædiu viſit uti illa ſervitu- tute itineris. *Hæſt. ad Inſtit. b. s. n. 2. Itum var. rſ. l. 1. 2. traſt. 1. q. 4.* vide aliter explicantem. *Harp. hoc. n. 168. Zef. hb. 44. d. A. R. D. n. 3.*

## §. ET QUIDEM I.

- 4 Q. in hoc §. *quæ sunt res communes* ? Ad quid Imperator non R. deficiendo, sed exempli causa enumerando, & quidem ratiō definitiōnis ommissa ista redditur, quia omnes definitio in Jure periculosa est, parum enim est, quin subverti possit. l. 202. ff. de R. J. Præstat proinde, quod exempla recensent quia Seneca teste, *epist. 6. longum iter est per præcepta, breve & efficax per exempla*. Puto res communes haud inconcinne definiti posse esse illas, quæ non nunc omnibus hominibus vacat, proprietate autem ad nullum est. Dicitur autem, quia per apprehensionem alicujus fieri possunt & ita differunt a rebus Divini Juris, quæ neque actu neque potentia in dominium alicujus pervenire possunt, Schamb. hic. In hanc classē pertinent aer, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris, quia litora sunt veluti pars & accessus cum maris; accessorium autem sequitur naturam sui principalis. l. 178. ff. de R. J.

- ¶ Non obstat l. 1. 45. ff. de Usurp. & Usucap. ubi litora maris dicuntur esse publica. R. enim, ibi publicum pro communi poni; hæc siquidem duo in Jure haud raro confunduntur 2 §. 1. l. 12. ff. de D. R. l. 121. ff. de A. R. D. Harp. princip. Inst. h. t. num. 172.

Non refragatur II. l. 3. ff. ne quid in loco publico ubi litora, in quæ populus Romanus Imperium habet, dicuntur esse populi Romani: ergo falsum est, litora maris populi Romani esse non quoad usum & proprietatem; sed quoad protectionem, Jurisdictionem & imperium. Ut sensus sit: sicut princeps Jurisdictionem exerceat in omnibus bonis suorum subditorum, licet bona neque quoad proprietatem, neque quoad usum

pertineant ad principem, ita quoque Romani Jurisdictionem in litora maris exercent tamē si litus maris ad ipsos non pertineat. Et sine magna ratiō suadet, ut etiam in litora maris Jurisdictio detur: ne alias contingat, ut crimina in mari commissa maneant impunita, contra l. 70. §. 5. ff. de fidejuss. Schamb. hic, & Zoes. de D. R. u. 5.

Manet itaque indubitatum, quod aer, aqua profluens, & mare, item per hoc & litora maris communia sint. Unde infero: quod cuilibet licet uti Aere ad spirandum, aqua praevalente ad hauriendum, ad vivendum, ad aquandum pecora, Mari ad navigandum, ad piscandum, item litore maris ad retia illic siccanda, ad gemmas ibi colligendas, ad naves appellendas, ad casam exstruendam, ita, ut casa vel ædificium ibi exstructum, una cum solo, fiat ædificantis, l. 6. ff. de D. R.

Nec adversatur, quod solo impossibile solo cedat. §. 29. Inst. h. t. quia hoc procedit de solo privato non etiam de solo communi: quod enim commune est, cedit occupanti, l. 14. ff. de A. R. D. Ita tamen, ut ædificio sublato, statim locus rursus fiat communis & ad suam naturam redeat; res enim communes in Dominio occupantium non manent diutius, quam ab eis possideantur. Weseimb. Inst. h. t. §. 1. num. 7. & res facile redit ad suam naturam. l. 27. §. 2. ff. de poss. Manz. loc. n. 27.

## AD VERS. DOM. TAMEN.

Tamen si in loco, jure naturæ communi, cuius ædificare licet; id tamen non aliter procedit, quam si ædificium usui publico & aliis ædificis, villis & monumentis non noceat, text. hic. ratio: quia non sunt Juris gentium, sed propria ædificantium, qui illa exstruunt

sunt & edificaverunt. *L. 10. ff. de A. R. D. H. p. h. n. 14*

Dices si mare commune est, quo titulo ergo hoc Dominum vindicat communium maris Baldui II. & Aspar dominiatus Britanni. Vnde in d. iudicium maris Adriatici R. & H. Iuliano de Galus domini maris Mediterranei? Quo titulo nulli acceditur? Si denique mare commune est, & usus omnibus vacat, quo titulo patet & vectigalia a navigantibus exiguntur? Praedictos Reges iura ex eadem potestate sibi appropriare dominium maris, & a navigantibus exigere gabellas & vectigalia. Fac enim, mare piratis esse infestum. Fac ad Littora, & portus reparandos requiri magnos sumptus, ut navis ibi tuto liceat appellere. Fac, necesse esse, oras maritimas custodire, ne nimium exeat unda piratis. Nunquid cau a suis iura est exigere gabellas, & tributa, quibus mare a piratis purgetur, portus ad recipiendas naves accommodentur, & denique oras maris intra suos terminos conserventur? Hoc itaque titulo memorati principes gabellas exigunt, dominiumque maris sibi arrogat. *Loef. ff. de D. R. num. 9.*

6 Sed quæres: *An Mare sit capax domini humani?* Dixeris prima fronte, quod non. I. Quia non potest dari dominium rei, quæ occupationem atque terminationem respuit, sed mare terminationem respuit, quia universus Oceanus non continetur, sed continet, cum (ut docent Geographi) major sit ipsa terra; ergo non potest dari dominium maris II. Mare jure naturali omnium commune est, § 1. *hic. l. 3. § 1 ff. de D. R.* ergo non potest venire in dominium hominis, cum jus naturæ sit immutabile, § 11 *hij. de J. N. G. Et C.*

Verum lubet a periculoso controversæ hujus Oceano vela facere in eorum

sententiam, qui continent, mare capax esse domini humani, prout ita docent *Irana. Inst. P. 1. § 5 num. 17 h. i. Broun. tract. de dominio. cap. 6. § 2 w. 2.* Facit I. quod ex natura rei non repugnet dominium maris; ergo datur dominium maris. Aut probatur. O non ita res admittit dominium, de qua homo potest libere disponere in ordine ad omnem usum, cuius res illa est capax, atqui hoc modo potest homo disponere de mari, potest enim quis sibi arrogare jus navigandi, transeundi commerciorum causa, piscandi, imponendi vectigalia, &c. ergo potest mare cadere sub dominio humanum. Facit II. quod DEUS contulerit homini Jus in omnia interiora. *Genes. 1. v. 28* ergo, cum nullus Textus occurrat, in quo excipiantur mare, recte inferitur, a DEO collatum quoque esse homini Jus in mare.

Ad I. *ut. Distinguenlo non.* sed mare terminationem respuit propriam, cont. impropriam. *neg. min. Et confeg.* Tamen si mare terminari non possit termino proprio, potest tamen terminari termino alieno, siue improprio. Sic potest mare terminari & dividi Promontoris, Insulis, eminentibus scopulis, vel etiam gradibus celestibus, ut intelligi, atque discerni possit latitudo & longitudo domini, quod quisque Principum sibi arrogat. Ad II. *ut. Disting. rerum antec.* Mare jure naturali commune est, permissio cont. positio seu Preceptivo, *re. antec. Et confeg.* quod autem ius naturale permissivum mutabile sit, suppono ex illis ad cit. § 11 *Inst. de J. N. G. Et C.*

### § FLUMINA. &c.

Q. *quoniam res à cautum publica?* Ad. h. utrum Imperator non sit dominus sed distinet. exemplum. 10

Respublicas definiiri posse esse illas, quarum proprietates est alicujus populi, *ut sit autem omnium hominum. l. 1. ff. de injur. Berich. p. 1. conclus. 1. 1. num. 2.* In hunc censum pertinent, I. Flumina perennia, quae semper fluunt, l. 1. § 3. ff. de flumin. v. g. Albis, Danubius, Rhenus &c. Dico perennia, & quae semper fluunt. illa enim flumina, quae interdum aquis deficiunt, ita ut non sint apta ad publicum bonum, (puta navigationem) dicuntur flumina privata. Flumen autem privatum iterum differt a proprio; quod proprium illud dicatur, cujus domini privatus sibi arrogat. *Scire quia illud in praedio alicujus privati ortus, & per illud discurret, ita Schneid. n. 6.* Ego salvo judicio Schneid. puto, flumina publica illa dicenda esse, quae quoad proprietatem sunt certi alicujus populi, quoad usum vero omnium hominum, sive deinde sint perennia, necne; privata vero, quae sunt in dominio & usu privati, ita, ut nemo in eis piscari possit. Quo sensu etiam flumina publica possunt fieri privata, puta ex concessione Principis, vel praescriptione, vel alio quocunque titulo. *Menz. Inst. huc. n. 53.* II. Huc pertinet Portus, qui est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam praedonum ac tempestatum, l. 3. §. 1. ff. de flumin. III. Huc pertinet Ripa, de qua & quomodo differat a Portu & a Littore, §. 4. b. 1. differemus.

#### AD VERS. INDEQUE.

Ex dictis, quod flumina sint publica, infert Justinianus, quod quilibet in publico flumine, & portu ejus piscari, navigare vel naves ibi appellere possit: *ratio non est alia, quam quod res publicae quoad usum omnium hominum sine communes, itaque nemo potest alterum prohibere, quoniam in flumine publico*

piscetur, adeo ut prohibens tenetur actione injuriarum, l. 13. §. ult. ff. de injur. Berich. p. 1. conclus. 1. 1. num. 2.

Hodie Jus piscandi in fluminibus publicis passim principes sibi arrogant atque flumina publica hodie quoad proprietatem de regalibus principis, per cujus territorium discurrent, esse dicuntur; ita, ut nulli liceat in fluminibus publicis piscari, nisi a Principe licentiam habeat, aut navigare, nisi certas gabellas & vectigalia persolvat. *Menz. n. 35. huc Fidei. Arwalder P. 2. obj. 58. n. 35.* Quo titulo autem Principes muniti sint, ut flumina publica quoad proprietatem sibi arrogant, tempus non patitur excutere.

Dices: Aqua profluens est res communis, ut dictum §. 1. b. 1. Sed flumen est aqua profluens, ergo flumen non est publicum, sed commune. *§. Flumen considerari posse dupliciter formaliter & materialiter. Formaliter spectatum, sive in quantum coercetur his ripis, ac in aestimatione morali semper idem manet, est juris publici, §. 2. b. 1. Spectatum vero materialiter, sive secundum aquas, quas vehit, ac quae motu continuo decurrunt, est res communis, §. 1. b. 1. Harp. numer. 5. §. 1. b. 1. Menz. numer. 24. his. & Franz. loc. cit. numer. 20.*

#### §. EST AUTEM 3.

Litus est locus ille, quatenus hybernus fluctus a mari (puta nostro non mediterraneo, hoc enim nunc exstuat) maximus excurrit, *text. huc. & l. 96. ff. de V. S.* Ratio autem, quare dicatur, quousque hibernus fluctus excurrit, est, quia fluctus hybernus major est quam aestivus, & in hyeme mare ad ultimas, quam in aestate, spatium excurrit.

Dices: subinde mare excurrit ad longinquas civitates, & agros; ergo male hic litus per exclusionem hybernici fluctus

- tus definitur. **R.** Inspiciendum esse illud spatium, quousque communiter excurrere mare consuevit. *Manz. n. 4. hic.*
- 10 Differt litus a portu, quod portus sit publicus, hoc est, quoad proprietatem sit certi cuiusdam Populi, quoad usum vero ceteris unis: contra vero litus sit commune tam quoad proprietatem, quam quoad usum. Ratio differentie est, quod litus nullus populi expensis requiratur, ac proinde a nullo occupetur. Contra portus inquiri debent, ac instrui ad naves recipiendas. Dum igitur mununtur ac instruantur, hoc ipso a populo occupantur, suntque ejus proprii! *Franz. iust. l. 1. p. 1. §. 60. n. 20.*

## §. RIPARUM. 4.

- II Ripa nihil est aliud, quam extremitas fluminis, sive illa terra, quae flumen continet, naturale rigorem cursus sui tenens. *L. 1. §. 5 ff. de fluminib. publ. sive ripa est illa terra, qua cursus fluminis continetur Franz. loc. cit.* Jam quaeritur: *An ripa sint publ. an sint privatae, an communes?* Dixeris prima fronte ripas esse simpliciter publicas, I. Quia ripa est pars fluminis; atqui flumen est publicum, ergo etiam ripa, quia pars sequitur totum, & accessorium suum principale, *Cap. Accessorium, d. R. J. in 6. II.* Idem est ripa in flumine, quod litus in mari: atqui litus est commune sicuti mare; ergo etiam ripa quoad proprietatem erit publica, sicuti flumen.
- 12 Verum, his non attentis. **R.** Imperator, ripas quoad usum, esse publicas, quoad proprietatem vero esse privatas, hoc est, quod ad usum pertinere ad omnes sicuti ipsam flumen, quoad proprietatem vero pertinere ad eos, quorum praedius ripae adjacent. Sive esse illorum, qui circa flumen praesident, *text. hic.* Ratio, quod ripa quoad proprietatem ad legistuta.

tem ad illos pertineat, qui praedia habent vicina, est, quia onus munendi ripam illis incumbit, qui vicina praedia habent; ut proinde sic liceat arguere: commoda sequuntur cum quem sequuntur incommoda; sed riparum incommoda, si forte ripae morfu fluminis latiores fiant aut reparatione indigant, pertinent ad eos, qui vicina praedia habent, ergo etiam incommoda ripae, id est, proprietatis ad illos pertinebit, *arg. L. 10. ff. de R. J. Ita Pet. ex. iust. hic.* Ratio vero, quod ripae, quoad usum, publicae sint, est quia sine usu riparum fluminis usus commode retineri non posset, vel certe incommodior futurus esset. *Harp. n. 4. hic. Et Viun. hic.*

Ad primam dubitandi rationem, **R.** neg. maj. tam parum enim est ripa pars fluminis, quam parum Schyphus est pars vini, quod continet, *Vinn. 4. h. 2.* Ad alteram dubitandi rationem, **R.** neg. perisatam. Ratio differentiae est, quia flumina censentur alveos suos & ripas ex privatorum agris a se cunctis detraxisse, adeo ut istae non fluminum sed agrorum partes esse intelligantur. Id inde evidens est, quod flumina sive alveos mutare, atque ex agris novos alveos, & ripas facere solent, maro vero eundem alveum cursum & litus ab initio acceptum retinet. Ideoque alveus, & litus maris non privatorum, sed proprii vel ut partes ipsius maris esse censentur. *Harp. hic mon. 5. Et 6.*

Ex dictis, quod riparum usus publicus sit, hoc est, quoad usum omnibus valet, inserti Imperator L. Quod culibet liberum sit naves ad eas appellere, fines arboribus ibi nautis reargere, onus aliquid in eis reponere, &c. nemo enim publico uti prohibendus est, *Manz. n. 10. hic.* Inserti II. arbores in ripis nautae eorum sint, qui habent vicina praedia, *text. hic.*



*hic. Et l. 5. ff. de D. R.* Ratio qua subiectione solo cedit superficies. *Manz. d. l.* Sane tamen si riparium usus publicus sit, hoc tamen cum grano salis intelligendum est, ut catenus duntaxat procedat, quatenus ratio utriusque fluminis exigit usum riparium. Quare quæ non sunt necessaria ad usum fluminis, in ripis non licet facere. Sic in ripa fluminis, invito eo, cuius prædium inheret ripæ edificare non licet, si quis de facto ædificium extruxerit, potest dominus ripæ non duntaxat illud, sed quodcumque aliud, quod dominio ripæ præjudiciale est, propria auctoritate destruere, *l. quemadmodum §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. 16. ff. de S. P. R. Clariss. D. Fünßerwalder l. 3. obs. 58. u. 4.* Sicuti autem quis extraneus nihil in ripa facere potest, quod præjudiciale est dominio ripæ, ita neque dominus ripæ quovis modo usum fluminis impedire potest, *l. fin. ff. de usu Et hinc.* Quo pertinet, ne tineri pedem iuxta flumen protrahendis fursibus navibus necessario, vulgo *denen Hockenanen*, impedimentum fiat, *l. 1. §. 14. ff. de S. P. R. D. Fünßerw. loc. cit. num. 6.*

### §. LITTORUM 5.

Hic iterum redit ad littora *Imperatoris*, atque illorum usum publicum esse, & juris gentium, ut proinde cuilibet liberum sit casam ibi ponere, dummodo tamen bonum publicum non impediatur. Ratio quia nemo publico uti prohibendus est. Proprietas vero littorum (abstrahendo a consuetudine privata) sicut proprietates maris, actu nullius, sive communis est, *text. hic.* Littora enim imitantur naturam maris, huic enim subijciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur. *Fin. l. fin. hic.*

### §. UNIVERSITATIS. 6

13 Res Universitatis sunt quarum pro-

prietas ad certam civitatem, collegium, communitatem, vel universitatem, id est *enim Gemeine*, pertinet, usus vero omnium de illa universitate communis est: id genus res sunt *theatra, studium, forum, curia, via publica, &c.* Hodie res universitatis dicuntur, *curia, schola, fora, balnea publica, campi Martii, pascua, nemora, sylvæ cadua &c. de Gemeine Weym, Schuß-Hütten, Holtzer, Tantz-Hauser, &c. Schenk. Inst. hic.* Unde sua sponte fuit, quod singuli de Universitate in balneo se lavare, in campo ludere, in sylva ligna cadere, in pascuis sua pecora pascere possint: nemo enim publico uti prohibendus est, quinimo prohibens teneretur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. ff. de injur. Manz. n. 7. hic Et Harp. n. 6.*

Q. II. An quis in causa Universitatis possit esse testis? vide *Scheid. mem. 4.*

### §. NULLIUS. 7.

Res nullius sunt, quæ sunt extra commercium hominum, tam actu, quam potentia; seu, quæ in nullius bonis sunt, vel esse possunt, neque quoad proprietatem, neque quoad usum. Tales sunt res Divini juris, quæ scilicet cultui divino consecratae sunt, quales sunt, *res sacrae, religiosæ, & sanctæ.*

Dicitur: Res, pro derelicto habitæ, *theatra*, item *fera* sunt nullius & tamen dominio humano subijci possunt, ergo falsum est, res, quæ nullius sunt, dominio humano subijci non posse. Res illas duntaxat res proprie derelictas esse, quæ neque actu, neque potentia dominio humano subijci possunt; atque pro derelicto habitæ, item *theatra* & *fera* sunt ita a natura comparatæ, ut saltem potentia dominio humano subijci possint. *Manz. hic. n. 8.*

## §. SACRÆ 3.

- 15 Res sacræ sunt, quæ rite, hoc est, solenniter secundum ritum & morem Ecclesiæ DEO consecratæ, hoc est, ad cultum & ministerium DEI dedicatæ sunt, *text. hic.* inquam classem pertinent ædes sacræ, & donaria: Item calices, vasa, vestimenta, libri & id genus plura, *Matth. 23.*
- 16 Ut autem res sacra efficiatur, plura concurrant, necesse est. Aut res per illum divino cultui destinatur, qui Jus consecrandi habet, qualis est Episcopus, Antistes, & plures alii, quibus concessum est pontificalia exercere, *Nov. 67. cap. 1. §. 2.*
- Hinc si pietate privata res divino cultui destinatur, v. g. si quis forte sacellum domesticum ædificet, sacra non efficitur, sed profana manet, *l. 9. §. 3. ff. de D. R.* Item si quis rem aliquam venderit, sacra non efficitur, *l. 2. de ff. de publicis.* Ratio non est alia, quam quod sacrum aliquod non fiat, nisi publica auctoritate, quæ desit in privato. II Ut adhibeantur solennitates Jure definitæ, §. 8. *hic.* III. Ut proxime & immediate ad cultum divinum destinatur. Unde sua sponte sequitur, vineas, prædia, agros, & fundos ecclesiasticos non esse sacros, quia non proxime deserviant cultui divino, sed ad hoc habentur, ut necessitati ministrorum serviant & consulatur, *Matth. 23. num. 11. §. seqq. hic Schneid. num. 2. Franz. Inst. p. 1. §. 1. b. t.* Circa res sacræ est regula, quod non subest commercio humano, ut paragrapho præcedenti diximus, adeoque neque alienari, neque obligari possunt, quia quod semel DEO dicatum, non est amplius ad humanos usus transferendum *cap. 3. de rer. permutat. Schaub. la.* ista tamen regula tres patitur exceptiones.

I. Est si Ecclesia ære alieno oneretur, & facultates aliarum non suppetant, quibus ære alienum expugnatur, *Nov. 120. cap. 10. auct. præterea Cod. de Sacros. E. cl. 2.* Si redimendi sunt captivi, & nihil aliud suppetat ut redimantur, *text. hic.* Ratio, quia animarum hominum quibuscunque vasis & vestimentis præteriri debent, *l. 21. Cod. d. t. Matth. num. 8.3.* Si pauperibus succurrendum, *d. l. 21.* Hoc est, si intoleranda fames ita premat pauperes, ut vita periclitetur, tunc enim eorum vires succurrendum: Ecclesia enim non habet aurum, ut servet, sed ut eroget, subveniatque in necessitate, *cap. 70. caus. 12. q. 2.*

Extra hos casus si res sacræ alienatur vel obligatæ fuerint, poterunt ab Ecclesia vindicari, ita ut emptoribus neque pretium restituatur, *d. l. 21. Schneid. num. 5. Franz. luc. cit.* Sane si res sacræ subeant vicem accessorii, ut si quis vendat *crustatem cum tempus, ar. cum* cum sacello, *fundum* cui annexum est *patronatus*, alienatio rei sacræ per venditum accessorii facta valet, modo tamen ratione rei sacræ non augmentetur pretium, *c. 13. de de jure patronatus. Hertogh. Inst. b. t. n. 4.*

Longe profecto judicium aliud est de *rebus ecclesiasticis*, hæc enim commercio humano sunt obnoxie: ita ut vendi, alienari, & acquiri possint, dummodo solennitates requisitæ adhibeantur, hoc est, ut vendantur cum cognitione causæ, decreto superioris & consensu capituli, de quibus vide *tot. tit. extra de reb. Eccles. alienan. Schneid. Inst. luc. num. 9. Engl. d. t.*

## AD VERS. LOCUS.

Queritur hic: an locum, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ etiam derelicto vel colligato ædificio sacro maneat? R. Affirmative.

text. huc. §. in l. 13. ff. de contrub. empr. Ratio quia locus semel sacer nunquam talis esse desinit, *Mantz. n. 7.*

Non refragatur: ædificio in littore maris posito, collapsio, vel terræ motu vel extructione ædificii destructio, locus sit iterum communis & reddit ad pristinam causam, l. 6. ff. de D. R. Ergo idem erit in nostro casu. Nam respondetur *con. ant. neg. inde confeg.* quia consecratio non solum fit ædificiis, sed etiam locis, & ipsum etiam afficit, *Harp. n. 11. huc.*

Dei procedunt de jure civili, de Jure Canonico si Ecclesiæ, ruina, terræ motus, aut incendio consecrata sint, omnia ex integro peragenda sunt, petiende si numquam consecratae fuissent, *cap. 20. qu. 1. de consecr. n.* Nisi tectum contaxat corruisset, parietibus manentibus illis, *cap. 6. de consecrat.* Consecratio enim non fit in tectis, sed in parietibus, in quibus fit et crucet & immolationes; & Ecclesia semel consecrata non debet iterum consecrari, *Mantz. huc. num. 9.*

### §. RELIGIOSUM.

20 Quæritur in hoc Paragrapho *quænam res dicantur religiose?* Et respondetur, illas res, siue illa loca dici religiosa, quæ cadaveribus sepeliendis destinata sunt, siue in quæ mortuus aliquis illatus, ibique sepulchritus & humatus est.

### AD VERS. UNUSQUISQUE.

Ex hoc versiculo colliges, quod de jure civili, quisque privatus sua voluntate locum possit religiosum facere, dum mortuum inferat in locum suum. Et in hoc statuitur differentia inter res sacras & religiosas. Illæ enim publicæ Pontificis vel Episcopi auctoritate per consecrationem, hæc vero privata voluntate per mortui illationem tales efficiuntur, *Mantz. n. 12.*

Dixi de Jure Civili, aliud enim obtinet de Jure Canonico, ut videlicet privata auctoritate, hoc Jure inspecto, locus non fiat religiosus per illationem mortui, sed per solius Episcopi consecrationem. Unde videmus loca certa, quæ cœmeteria appellamus, sepeliendis mortuis destinata esse, & ab Episcopis consecrata. *cap. 3. cons. 13. q. 1. cap. 2. de sepult. cap. 4. de Religios. dom. b. Franz. Inst. p. 1. §. 3. h. t. Schneid. n. 8.*

### AD VERS. COMMUNE.

Quæritur hic, *an in locum communem, vel in alienum mortuum inferre & ibi sepelire liceat?* Respondetur 1. In communem locum putum, id est, cum, in quem nullum hominis corpus illatum est, invito socii mortuum inferre non licet; ratio, quia in re pari potior habetur, & est conditio prohibens, l. 28. ff. commun. divid. Excipe tamen, si quis ex sociis alibi sepeliri non possit, l. 41. ff. h. t.

Dixi in locum putum, secus est, si locus sit religiosus, hoc est, si socii communem sepulchrum habent, hoc enim in casu invito socii licet inferre quemlibet mortuum. Ratio differentie est, quia in re communi socius partem loci deteriorem facere non potest, l. 68. ff. pro socio. l. 46. ff. de S. P. R. fit autem locus putus illatione mortui deterior, qui efficitur religiosus, hoc est commercio humano eximitur, §. 8. h. t. At cum locus jam est religiosus, id est, cum est sepulchrum commune, locus mortuum inferre non nocet. Deinde socius etiam in hoc socii, re communis uti potest, modo ad eum statuat finem a quem res destinata est, ut sepulchrum, *arg. l. 10. §. ff. commun. divid. Hunc ad Treutl. vol. post. d. 18. h. t. h. D. q. 2.*

Respondetur II. Si unus in suo loco habet proprietatem, & alter usufructum, tunc

tunc proprietarius non potest fundum religiosum facere, nisi eo consentiente usufructuarius, & nota verba. *text. hoc. §. l. 2. §. 7. ff. de religiof. §. §. sumpt.* Ratio est in aperto, quia proprietarii causam live contra nonem usufructuarii deteriorem facere non licet, *l. 13 §. 6 ff. de usufr. Neque usufructuarius proprietarii l. 13 §. 4 ff. de relig. §. sumpt.* atque per illam nonem mortui conditio usufructuaria aut proprietarii redditus deterior, *arg. §. 7. inst. l. 2. Ergo.*

Respondetur III In locum prorsus alienum cadaver inferre non licet, & si quis defuncti in inferas, tenetur vel tollere, quod intulit, vel tollere loci pretium, *l. 7. de rel. p. §. §. sumpt. Fran. inst. l. 1. p. 1. §. 3. num. 6.* Sane si Dominus consentiat, unque licebit mortuum inferre; volenti enim & consentienti non fit iniuria, *l. 1 §. 5. ff. de honor. H. p. num. 10. h. l.* Item est si Dominus ab isto quidem non consentit, postea tamen illationem ratihabuerit, *text. hoc. Ratio,* quia ratihab. no. retrotrahitur, & mandato comparatur, *cap. ratihabitionem de R. §. 6. Manz. num. 28.* Quod porro circa particulam non hic auctores dubii movent dignum non est ut illi insudamin. Vide *H. p. loc. cit. n. 18.*

21 Quæres III Quid si corpus hominis dividatur, y in loca et Religiosa? R. in quo recumbit membrum principale, puta caput, quia hoc imago est unde dignoscimur, *l. 14. ff. de R.* Quid si caput ipsum divisum sit, ille locus Religiosus erit, ubi pars anterior jacet quia & per hanc a reliquis animantibus dignoscimur. Si denique & ista pars divisa sit sunt qui putent, in utroque fieri vel quosum, eo quod summa sit ratio quo pro religione facit, *l. 43. ff. de R.* Mihi tamen placet, neutrum fieri religiosum, *n. e. l. 44 ff. l. ubi agetur* deciditur, quod una sepulchra plura sepulchra non possunt habere, *Schimb. hoc.*

Quæres IV. Si celum in quibusdam locis, & sese quasi contingens ibi con. n. p. fuerit, qui erit iudex competens de delictis?

Varie sunt hujus questionis sententiae, sunt, qui putent, illum esse iudicem competentem, in cujus territorio caput jacet, quia hoc est principalior pars hominis, *d. l. 44. ira Zanger de excep. p. 2. cap. 1. num. 137. Harp. l. h. l. num. 5.* Sed displicet hæc sententia; esto enim caput principale corporis humani membrum sit, tamen exinde non probatur, eodem ibi commissum esse, ubi jacet, cum facile ab uno loco in alium volvi potuerit, præsertim si a trunco avullum fuerit.

Sunt alii, qui opinentur, illi iudici competere cognitionem, in cujus territorio pedes jacet, eo quod ibi vulnus inflictum videtur, ubi pedes terram premunt, ut pr. unde præsumatur per lapsum dumtaxat reliquum corpus in alterius territorium procidisse. Sed neque horum dogma ardet; quoties enim accidit, ut lethalis vulnere affectus per aliquo itinere spatium procurrat, quoties fit ut cadaver ab uno loco rapiatur in alium? quoties contingat, ut moriturus cum morte luctetur, ac doctorum impatientia ab uno loco, in alium scilicet volvant? & quid, si quis in fuga trajiciatur, & sic in alio loco trajectory concidat, humique procumbat, quam ibi stetit trajiciens? Sane ex eo, quod pedes aliquo in loco jaceant, non inferitur ibi delictum paratum esse.

Rectius in eo iudicio sentiunt, qui in casu, quo omnes conjecturae prorsus deficiunt, ad utriusque territorii Dominos simul pertinere docent cognitionem delicti. Ratio, quia in dubio illa opinio amplectenda est quæ magis studet discipline publicæ, & discordias tollit; quavis videtur posterior. Ita *Bazov. ad*

*Trenst.* vol. 1. *diff.* 19. *ib.* 4. *Corpuz.* p. 2. q. 11. *num.* 34. ubi ait, si in uno tantum territorio sanguis appareat, iudicandum esse præsumptionem ibi delictum commissum esse. Item si tale vulnus aut scelus fuerit, ut in omnium existimatione vero simile sit, quod trucidatus de loco quo stetit pedem movere non valuerit, pariter præsumptionem esse let violentiam, ibi delictum consummatum esse. Vide quoque *Boccr. de Juristid. cap.* 9. *num.* 12. qui iterum alterius est opinionis, quam tamen refutat. *Corpuz.* loc. cit. *num.* 19.

### §. SANCTISSIMO.

24 Res sanctæ dicuntur, quæ peculiari lege ab omni injuria & violatione hominum minime atque defunctæ sunt. Unde adversus, denominationem rei sanctæ a forma extrinseca, puta, speciali sanctione qua res ab omni violatione defenditur, provenire. In huic consensu pertinent. I. DEUS T. O. M. Beatissima Virgo, & cæleses qui non tantum theologicæ, sed etiam civiliter sancti sunt, sanctionibus capitalibus constitutis in blasphemantes. *Nov.* 77. *cap.* 1. §. 1. II. Imperator, *l. ult. cod. de ibi.* quid enim majus; quid sanctius imperialis est majestate? III. Imperium Romanum, (*de Rebus Reipublice Res. h.*) IV. Portæ & munitiæ civitatum. Nam poena eius statuta legitur in eâ, quæ aliquod in portas, & muros civitatis deliquerunt. *text. h. c. l. ult. ff. de D. R. Franc. l. ff. h. t.* 4. quod tamen cum grano salis intelligendum, videlicet, quod ille demum poena capitis afficiatur, qui animo hostili aliqui in portas, & muros civitatis deliquit, forte quia portas fregit, ut hostes intromitteret, vel muros transcendat ut civitatem traderet.

Si vero quis non animo hostili muros civitatis transcendat, non poena ordi-

naria sed extraordinaria afficiendus erit. Sic is, qui fugam arripuit, & adversarium persequentem aliter evitare non potuit, si exiit e muro, aut per funem se demisit, nequaquam poena capitali afficiendus est, quia ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemit, *l. 1. ff. de bon. rer. qui autem sentent. H. p.* n. 19. *Monz.* n. 10. Ubi refert Dolo in comitatu Burgundie se vidisse, quod cum quis vallum transcendisset, non hostili animo, neque contemptus aut ludibri causa venit Remus Romæ socii, propterea fuerit fustigatus. Simile exemplum receniet. *Corpuz.* part. 1. q. 40. *num.* 11. quod is qui summo non hostili muros civitatis transcendit, poena perpetuæ relegationis affectus fuerit. Verum enim vero, cum in *l. ult. ff. de D. R. mentio duntaxat fiat de violatoribus urbis Romæ,*

25 Q. V. An etiam poena capitalis locum habeat in violatoribus munitum? Et porta-  
rium reliquiarum civitatum, & municipiorum? Sunt, qui negantur fortiter propugnent, ut Schneid. n. 3. *loc. Bachov.* ad *Trenst.* vol. 2. *diff.* 20. *ib.* 1. *lit. C. Menoch.* l. 5. *art. it. jud. quest. cent.* 5. c. 453. *num.* 2. *Mouventur.* l. quæ d. l. 5. nominatim loquuntur de civibus Romanis ut promde, nec usio unus sit exclusio alterius II Quia in *ead. l. fin.* fit mentio exempli Romuli & Remi, qui possessor, cum salu muros Romæ insultaret, à Romulo, fratre suo dejectus esse perhibetur, ut promde consuetudo d. l. *pen. de muros duntaxat Romæ procedere videatur.* In violatores munitum municipiorum competit interdictum, si e. claus extraordinaria, prout docet *L. pen. ff. l. ult. ff. de no quid in la. publ.* IV. quia omnia restringendi sunt.

Verum, rejectis his argumentis, affirmativum præcipit, cui quoque applaudent *Idem.* ad *Trenst.* loc. cit. q. 2. *H. p.*

*mun. 6. § 7. Corporu. loc. cit. num. 12. Franz hist § 4. num. 14 b. r. Ratio sola, sed solida est, quia si quis res sanctas hostili animo violavit, capitali supplicio debet affici, text. luc. sed muri, & portæ municipiorum sunt res sanctæ l. 8. ff. de D. R. his verbis: In municipio quoque muri esse sanctos, Sabusius recte respondit. Accedit, quod ideo poena capitalis in Violatores muri civitatis Romæ statuta sit, quia abominandum est alia, quam per portas via è civitate egredi, quæ ratio in omnibus aliis munitibus militari, quam sententiam pariter solidissime firmabit, Gloriosissime Memoriz Augustissimi Imperator Leopoldus in art. 162. ubi ex allegata ratione transgressoribus munitium cujuscunque fortissimi, poenam capitalem decernit; cui sanctioni, utpote subiectæ materię omnino naturali, & praxi firmatæ, standum erit. Ergo*

Ad I. R. Cives Romanos non damnat ulos dici, qui sunt inexplæ urbis Romæ; sed & o mnes omnino, qui Imperio Romano subsunt, l. 17. ff. de stat. homin. II. exinde cadit, quod exempla non restringant, sed regulam declarent, l. 1. §. 25. ff. de vi, & vi armata. III. Non tractat de casu, quo quis animo hostili, & ludibrii causa muros civitatis transgreditur; sed de illo casu, quo quis incedit scilicet muros civitatis. Hunn. d. 10. IV. Facilis est Solutio, illa enim regula tunc demum procedit, nisi favor reipubl. cum odio privato concurrat, nam, si favor reipubl. simul concurret cum odio privato, tunc odia extendi, & ampliari possunt, quia odium privatum cedit favori publico ac proinde odia non restringuntur; atque in nostro casu concurrat odium n. privatum, & favor publicus, cum publice interfecti muros civitatis non violant, pulchre H. sp. n. 26. luc.

V. Res sanctæ etiam sunt Leges, l. 9.

§. 3. ff. de D. R. non tantum omnes; sed etiam in quarum transgressores gravior poena legitur constituta. Sicui enim muri civitatum dicuntur sancti, quia speciali jure ab omni violatione hominum sunt muniti; sic quoque leges dicuntur sanctæ, si speciali jure ab omni violatione hominum sunt munitæ: d. l. 9. §. 3. Et l. 41. de pœna.

VI. Rebus sanctis annumerantur termini lapideales, vulgo *die marchi*. Steen, quos transire non tantum lege divina prohibitum est, *Dever* § 18. 14. his verbis: Non assenti, & transferes terminos proximi tui. c. 27. v. 17. *Maledictus, qui transferes terminos proximi sui*. Sed etiam ab urbe condita recenset *Wesemb. in parat. fin. regul. num. 2. Et Myssing. §. quadam actiones. sup. de n. su.* Nam Pompilius constituit poenam capitalem in eorum, qui lapides finibus movisset. VII. Res sanctæ dicuntur *Domus propriæ*, quæ, teste Cajo l. 17. ff. de in ju. vocando, tutissimum sit refugium atque receptaculum. VIII. Res sanctæ dicuntur *Apsides, Legati, Ministri publici* c. Item loca, quibus *salus Guardie* est præfixa, vi lego *der Burg-Friede*, ut, si quis ibi delinquat, mutilatione manus puniatur. De quibus omnibus, & adhuc aliis rebus sanctis vide *Munz. Institut. n. n. 14. usque ad mun. 31.*

#### §. SINGULORUM. II.\*

Res singulorum sunt res private, Grez, cuius cujuscunque propriæ, quæ scilicet sunt in privatorum, & singulorum hominum, harum autem Dominium acquirendi modi duo sunt *Naturalis* & *Civilis*. Naturalis acquirendi dominii modus est, qui inter homines peræque servatur, ut *Quædam. Traditio, &c.* Civilis, qui inter Cives Romanos lege quadam introductus est, v. g. *Usucapio, aditus hereditatis, &c.*

## AD VERB. COMMODIUS.

Declarat hic Imperator, quod prius de modis naturalibus acquirend. agere velle, quia a vetustioribus incipiendum est; atque palam est, vetustius esse Jus Naturale, quam Jus Civile. Naturale enim cum ipso genere humano prodit; Civile vero tunc esse coepit, cum civitates conditi, Magistratus creati & leges scribi coeperunt, *text. hic.*

- 27 Diximus duos esse acquirendi Dominii. Jam vero priusquam agamus de illis modis acquirendi Dominii, juvabit in vestibulo nonnihil trutinasse, *Quid sit Dominium?* Dominium a variis varie definitur, prout videre est apud Glendale *part. 1. select. quest. 13 n. 2* & Clariss. P. Ludovic. Pabrensiuber, in tit. de J. & J. p. 1. cap. 1. §. 3. n. 13. Haunold. tit. 2. de J. & J. cap. 1. controu. 2 §. 7. n. 62. Mihi placet, quod Dominium sit *Jus, de re aliqua plene, ac libere disponenda nisi id jure vel conventione sit obviatur.* Ita docet *Alauz. ad rubr. h. t. n. 13. Schneid. §. 11. Inst. h. t. n. 2. Schamb. Inst. hic.*

Dicitur I. Jus, quæ vox loco generis posita est; multi enim præter Dominium sunt, qui habent jus, sic, qui *servitutem, pignus, vel hypothecam* habet, dicitur, habere Jus in re; item, qui obligationem vel actionem habet, debet habere Jus ad rem, ut proinde latius patiat Jus, quam Dominium. *Quid vero sit Jus in re, & Jus ad rem, alibi dicemus; interea vide Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 1. mem. 1.*

Dicitur II. *de re aliqua*, subintelligitur corporali, ad differentiam rerum incorporearum, in quas Dominium proprie non cadit; sed in illis dicimus habere jus, velut si tibi competat *fructus percipiendo in alterius fundo*, non diceris habere

re Dominium istius servitutis, sed Jus L. 25 ff. de V. S.

Non obstat L. 3. ff. si usufr. petor. ubi dicitur, Dominium usufructus dari; sed usufructus est res incorporalis, ergo etiam rei incorporalis datur Dominium. Enim vero R. in res incorporeales Dominium cadere duntaxat improprè. *Ha. p. Prim. Inst. h. t. n. 13. Schneid. Inst. hic. n. 2.*

Dicitur III. *Perfekte, & libere disponenda*, ad differentiam possessionis, quæ est jus insistenti rei corporali, L. 1. ff. de acq. res aut p. ff. Et in hoc præcipuum dominii officium est quod quis perfecte, & pro libitu de re aliqua, cujus est dominus, disp. nere, atque adeo non tantum uti, & frui, sed & illa abuti possit. Quilibet enim est reus & moderator, & arbiter 21 *Cod. de mun. & abusus rei tuæ custodisti concessus n. 1. §. ff. de heredit. petor.* Ubi apparet differentia domini a jure in re. Tamen enim vassallus, Emphyteuta, fructuarius jus in re habent; non tamen p. eno jure disponere possunt. Item creditor, qui pignus, vel hypothecam habet, dicitur habere jus in re; & tamen non potest regulariter alienare pignus, aut illo abuti *Alauz. rubr. Inst. h. t. n. 16. Harp. princ. Inst. h. t. n. 30.*

Dicitur IV. *in lege, vel conventione prohibetur*, quæ repetuntur aliqui, qui licet rerum suarum sint domini, tamen res suas alienare, vel libere de eis disponere non possunt, forte, quia lex ipsi administrationem ademit, vel, quia se ipsos pacto vel conventione libera disponendi facult. te privavit. Sic *maritus*, licet sit dominus rei dotalis, L. 9. *Cod. de R. V. leg.* tamen J. his prohibetur, consentiente ux. re illud alienare, cum reipublice interit, dotes mulieribus concessari, L. 1. ff. solut. matrim.

Item

Item *pupillus*, & *minor*, licet sint domini rerum suarum, non tamen possunt sine tutore, vel curatore auctore de rebus suis plene disponere, §. 2. *Inst. quib. auct. in l. et, Schu. num. 3. Et Manz. num. 19.* Sic quoque, tamen si quis rerum suarum dominus sit, p. Ad tamen liberam disponendi potestatem sibi potest restringere, pacta enim dant legem contractibus l. 23 ff. de R. J. ubi tamen tenaci memoria servandum, multa non interesse an jure, seu lege, an conventionione tantum alienatio inhibita sit? priori enim casu alienatio, contra prohibitionem facta, ipso jure nulla est: posteriori verò adhuc tenet, arg. l. 15. Cod. de R. T. Ratio differentie est, quia pacta contrahentium non nisi personas contrahentes ligare, lex verò & ipsas res potest afficere. Unde contraveniens pacto, actum, quò alienat, non facit nullum, nisi lex specialiter concurret, l. 7. §. ff. de destr. p. sed tenetur duntaxat parti ad interesse, quanti solvet pactum interesse servatum non esse. Ita in terminis Schamb. hic. Brunner. in d. quoniam 15.

- 28 Dividitur dominium in plenum, & minus plenum. Plenum est jus disponendi tam quoad proprietatem, quàm quoad usumfructum. Minus plenum est jus disponendi vel tantum de proprietate, vel tantum de usufructu.

Minus plenum dominium subdividitur in directum, & utile. Directum vocatur, quod penes eum est, qui tantum habet nudam proprietatem. Utile vocatur, quod penes eum est, qui habet usum, & omnem utilitatem, ex proprietate proveniente. Directum dominium dicitur habere dominus directus in rebus feudaliibus, & emphyteuticis. Utile verò habere dicitur Vassallus, Emphyteuta in bonis feudaliibus, & emphyteuticus. Sunt, qui istum *directum* recipiant, eo quòd

*Mees ad Inst. tit. 2.*

auctoritate juris destituta, & in nullo textu juris fundata sit; est, cum rem ipsum reperimus in lib. 2. *Feud. tit. 8. cap. 1 §. rei*, in verbis *quasi dominus*, ista logomachia curanda non est. & nullo doctrinæ melioris causa, id quod usu receptum invaluit sequi, quàm de luna caprina rixari: Plures domini divisiones tradit S. Lamb. *Inst. luc. Et Franz. p. 2. §. 2. Inst. b. 1.* ergo illas alio loco, magis congruo, discutiam.

*Dicitur* omnia inter homines sunt communia, ergò gratis forte discipletur de rerum divisione aut distinctione domini. Verum esse quòd in Primordio mundi, & ab initio generis humani omnia fuerunt communia. Verum per peccatum originale natura humana adeò corrupta est, ut sapi robustiores, & potentiores prohiberent alios a rerum usu & fructu, atque adeò ignavi semper alieno labori ali, & sustentari vellent, magis suorum virium præcellentæ consili, quàm laboris industriæ intenti, adeò ratio naturalis dictabat, iniquum esse, quod ignavi, & desidiosi alieno labore alerentur, & cum præterea appareret, sine fixis, atque discordiis, quas parit communio, l. 77. §. 20 ff. de legat. 2. communem rerum usum procedere non posse, facta est rerum divisio, earumque dominia distincta sunt. Schneid. n. 9. hic. *Mymping. §. 1. Inst. de J. N. Et C. n. 5.*

Sed verò, an dominiorum, distinctio recte rationi, Et sacro lateris consentanea sit, ac conformis, discutere longum foret. Quòd jure divino confirmata sit, loquitur luculenter septimum præceptum decalogi: *Non furtim facies*. Deinde, filios Adami, protoplasti, & primi parentis nostri, habuisse distinctos & proprios greges, agros, &c. patet ex Gen. c. 4. v. 2. j. Et 4. ubi legitur, quòd Caia de fructibus terræ, Abel verò de

A a

Primo.



Primogenitis gregis sui munera DEO obtulerit. *Acord.* præterea, quod frequenter in sacris paginis fiat pauperum & divitum mentio, atque inter eos distinctio, *Ecod. c. 22 v. 25. c. 23. v. 2. 6. & 11.* Quæ distinctio inepta foret, si rerum divisio Juri divino, aut sacris paginis adversaretur. *Harp. n. 15.* ubi prolixo clamore tuetur divisionem rerum, & illi dari plus quam manifestum est, ut proinde, quam quisque rem sibi propriam fecit, illa sine facto suo privari non debeat. *L. 11. ff. de R. J.* jus enim questum nemini invito auferendum est, *l. fin. ff. p. 28.* ubi tamen

- 29 Q VI. *An Princeps subditos suos jure questu privare possit?* R. Interesse, an justam causam, puta utilitatis publicæ, habeat, necne? Si Princeps causam justam non habeat, intrep de tenendum subditos suos Jure questu privare non posse. Ita uno ore docent *Harp. prim. inst. b. t. n. 115. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 6. num. 5. Mysing. centur. 5. obs. 93. Guil. 2. obs. 56. Bochev. ad Treutl. vol. 1. d. 1. r. 6. lit. A. item r. 5. lit. H.* Ratio I. defumitur ex *L. 11 ff. de R. J.* quæ docet, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. Quæ ipsa regula, cum fundata sit in ipso Jure naturali, etiam in persona Principis locum obinet, utpote, qui legibus, & principia naturalibus non est exemptus, *Zoes. ad ff. de R. n. 24.* Ratio II. defumitur à notabili exemplo, quo DEUS Regem Achab graviter punivit, eo quod vineam Nabothi vi atque injuria occupaverit. *3 Reg. 21.* ut exinde satis liquet, non licere Principi sine justa causa subditos Jure questu privare, *Hann. var. resol. lib. 9. tract. 1. q. 2.*

Non obstat *L. 1. ff. de cons. princ. & 6. l. 6. J. N. G. & C.* ubi expresse refertur, id, quod principi placuit,

habere vigorem legis; atque adeo, si principi placuerit, alteri Jus questum auferre, id pro lege observandum erit. Enim verò & id demum, quod principi placuit, habere vim legis, quod non repugnat Juri naturali, aut Juri divino, jam verò paulo ante demonstravimus, repugnare Juri naturali, & divino sine justa causa alterum Jure questu privare.

Non obstat. II. quod Imperator sit dominus mundi, *L. 9. ad leg. Rhod. de jact.* & omnia quæ in mundo sunt, Cæsario esse intelligantur, *L. ult. Cod. de quadrim. præscript.* ergo princeps de omnibus rebus poterit pro libitu disponere; quilibet est rei suæ moderator, & arbiter, *L. 21. Cod. mandanti.* R. enim I. in d. l. 9. mundum non esse accipiendum pro universo terrarum orbe; sed duntaxat pro territorio Cæsaris. Deinde principem esse dominum territorii sui, quoad Jurisdictionem & protectionem; non etiam quoad proprietatem singularum rerum, *q. II. d. l. ult.* quod illa tantummodo procedat de bonis patrimonialibus, & ficalibus, de quibus ibidem agit Imperator; non verò de bonis subditorum.

Non obstat. III. Quod sacrilegii instar sit, de potestate Summi Principis dubitare, aut disputare, *L. 3. Cod. de crim. sacrileg.* Siquidem & d. l. 3. non procedere in his, quæ tendunt in præjudicium, & detrimentum tertii; ut puta, si princeps in consiliarium, vel ad aliud officium elegerit talem, qui vel propter avaritiam, vel propter rerum notitiam minus idoneus foret, hoc in casu dubitare, & disceptare, num dignus satis sit, necne, sacrilegi instar foret; Princeps enim, promovendo in hilem, aut minus idoneum, censetur eundem habilitasse, ac defectum supplevisse. *l. 57. de Re jud.* Longe aliter se res habet in his, quæ sine legitima causa ex plenitudine potestatis

potestatis per principem in grave præjudicium tertii sunt: veluti si cui res suas, vel Jus quæsitum auferret; tunc enim quærentem, & investigantem, an Jure id sit, sacrilegii arguere amentia foret. *Harp. loc. cit. num. 132.* Ubi adhuc 10. *argumenta contraria* resolvit.

Non *Obstat*. IV. Quod in principe sit pro ratione voluntas, ut alia justa causa non desideretur ad Jus quæsitum alteri auferendum; sed sufficiat plena, & absoluta potestas, quæ princeps pollet. *¶* enim ex dictis voluntatem principis, sine justa causa alteri Jus quæsitum auferre volentis, non principis esse, sed tyranni. Nec agnoscimus in principe absolutam, & plenam potestatem; hæc enim tyrannica est, & princeps ex Jure gentium, & ab ipsis populis ordinariè, & immediatè constitutus est, ut populi utilitatem, & salutem reipublicæ procuraret. *Rachov. loc. cit. tb. 1. lit. H. Hunn. var. resol. loc. cit.*

Si princeps justam causam habeat, puta emolumentum, vel necessitatem reipublicæ, *Commun. D. D.* calculo comprobata est sententia, posse subditis Jus quæsitum tollere, & eos rerum dominio privare. *Gail. l. 2. obs. 56. Hunn. var. resol. loc. cit. q. 3. Mynsing. loc. cit. Ratio sola, sed solida est, quod favor publicus privatæ utilit. præferendus sit, l. 3. Cod. de principibus.* Hinc illud Ciceronis. *Salus Republicæ suprema Lex esto!* Et, publicæ utilitatis gratiâ, à regulis Juris communis frequenter recedunt, multaque permittuntur, quæ aliis sunt interdicta, & prohibita, *l. 1. § 1. in fine; ff. ad leg. Apul.*

Non *adversatur*, quod naturali æquitati repugnet, cum alterius jactura completari, *l. 205 ff. de R. J.* aut alteri, addere *l. 10. ff. de J. J. §. 3. lujt. cod. ¶* enim dicta principia naturalia non

procedere in iis, ubi versatur justa causa, puta favor, & salus reipublicæ. Hoc enim in casu favor publicus utilitati privatæ præferendus est. Quotiescunque enim concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ tertior est, quæ est est, quæ fundatur in utilitate publicâ. *Clariss. P. Konig ad decret. lib. 2. tit. 29. n. 4.*

Ex dictis sua sponte fuit, quod princeps, utilitatis publicæ causa domum subditi sui demoliri, aut ejus fundum, urbi vicium pro dilatandis fossis, vel extruendo propugnaculo occupare, aut suburbia destruere, vel incendio, non h. st. scd. se recipiant, consumere possint ita tamen, ut princeps pretium rei destructæ ex æratio publico teneatur refundere, vel, si æratum non sufficiat, civis compellat contribuere, ut pretium refundi possit. *Gail. loc. cit. num. 8. §. 9. Hunn. var. resol. loc. cit. Paq. lib. 1. a. lujt. cont. e. §. nisi ipsorum privatorum conjuncta cum principe inseparabilis utilitas rei talis everisionem exposcat.*

### §. FERR 12.

I. Ex antiquissimis dominii, Jure n. 30<sup>o</sup> torali acquirendi, modus est *Occupatio*, quæ nihil est aliud, quam earum rerum, quæ nullius propriæ, sed Jure naturali omnium hominum communes sunt, apprehensio. Tales res sunt *terra bijlia, volucres, pisces, & omnia animalia, quæ mari, calo, & terrâ nascuntur.* Hæc simul, atque ab aliquo capta sunt, Jure gentium statim sunt capientes, *text. hoc. §. l. 1. §. 1 ff. b. t.* Ratio, quia ceteræ res, quæ nullius, & communes sunt, obtinet *regula*, quod cedunt occupanti, *text. hoc.* Sicuti autem triplex generis sunt animalia, puta *terrestria, aquatilia, & volatilia*, ita quoque tres sunt species occupationis, puta *Venatio, Piscatio, &*

*Aucupium.* Per venationem occupantur animalia terrestria, per piscationem aquatilia, per aucupium volatilia. *Schamb. Inj. luc. Gul. l. 2. ob. 66 67. Et 68.*

#### ADVERS. NEQUE INTEREST.

Diximus: *animalia fieri occupantis.* Hoc loco traditur ampliatio prædictæ conclusionis, ut videlicet nihil intersit, siue quis capiat volucres, & feræ in suo siue in alieno fundo; ratio, quia aer communis est omnibus; in aere autem aves volant, & feræ bestiae, ob instabilitatem, qua hinc inde vagantur, magis aere quam terra contineri videntur; sicuti ergo tam in meo, quam in alterius fundo aërem possum capere, ita aucupari, aut venari possum tam in meo, quam in alieno fundo. *Perz. Inj. luc.*

#### ADVERS. PLANE.

Si quis fundum alienum ingreßiatur, venandi, aut aucupandi gratia à domino fundi, si is præviderit, prout prohiberi, ne ingreßiatur; mo enim invito, non licet vicinis ire per agrum meum *l. 11. Cod. de servitut.* Quod si, prohibitionis non obstante, ingreßus fuerit, actione injuriarum tenetur, *l. 13. §. fin. ff. de injur.* quia vim, & injuriam facere dicitur, qui, invito domino, in ejus fundo versatur. *Menz. n. 3.* feratamen, contra prohibitionem capta, sit occupantis, nec tenetur domino fundi illam occupans restituere, ita *Harp. n. 19.* Ratio, quia prohibitio non facit, ut fera, in fundo alieno consistens, debeat esse communis; licet enim fundus sit privatus, feræ tamen bestiae, quæ in eodem libere vagantur, communes alicui, & in nullius bonis sunt, ut proinde naturali ratione occupanti cedant. *Menz. 26. Perz. Inj. luc.*

Dixi: *nec tenetur Domino fundi illam*

*occupans restituere, quoniam tum demum quis obligatur ad restitutionem, quando alteri res sua ablata est: atqui fera, licet in fundo alicujus liberè vagetur, antequam vivario includatur, non est domini, l. 1. Et l. 3. ff. de D. R. ergo illam non tenetur restituere. Harp. n. 22. Schneid. n. 7. hic. Franz. p. 2. §. 3. n. 22. Inj. h. 1.*

*Non repugnat, quod ex delicto suo nemo debeat reportare commodum. l. 12. §. 1. ff. de furs.* atqui, domino prohibente, ingreßi fundum ejus, feramque capere est delictum *l. 16. ff. de S. P. R.* ergo. Enim verò. *Id. disting. maj.* Ex delicto suo nemo debet reportare commodum, si delictum directè, & proxime concurrat ad commodum, *conc. mag.* si remotè, & indirectè, *neg. mag. & conc. min.* sic *disting. conseq. con. Et utq. conseq.* Commodum, quod reportat venator, reportat proximè ex captura, & occupatione feræ, existentis in naturali libertate; non verò ex ingreßu, qui remotè tantum, & indirectè ad commodum concurrat, & magis nocet, quam prodest ingreßienti, utpote producens actionem injuriarum *l. 13. §. fin. de Injur.* Sanè, reportare commodum indirectè ex delicto, in Jure non videtur paradoxum esse, prout patet in emptore secundo, qui in dominio rei traditæ prævalet primo; & ex nuptiis, contra prima sponsalia contradictus, utpote quæ ponunt legitimum matrimonium. *Franz. loc. cit. num. 23. Et Harp. num. 30.* ubi plura argumenta e contra resolvunt, quæ omnia allegare prohibet instituti ratio.

#### ADVERS. QUIDQUID.

Q. hic, *quandiu fera maneat in dominio occupantis?* *R. Imperator erusque, donec occupantis custodia continetur, & coarctetur, quam si evaserit, & in naturalem*



Verum, his in contrarium nihil remorantibus, vera est, & communi D. D. suffragio comprobata *Sententia*, principes potuisse subditis suis Jus venandi Jure adimere. Ita tenent *Feich. l. 1. cap. 1. Harp. Inst. b. 1. §. 12. num. 93. Zoef. ff. de A. R. D. n. 13. Almaz. hic. num. 44. Schaub. hic. Glessile Jurisprud. terrib. tom. 1. part. 2. c. 2. 3. 6. num. 2. Carpzov. p. 2. de crimiu. q. 88. num. 7. Ex Theologis Molan. tom. 1. de J. & J. tract. 2. disp. 41. Less. lib. 2. de J. & J. c. 2. dubit. 7. Hammond. tract. 5. de J. & J. cap. 1. controu. 3. n. 74.*

*Prob. I.* Quia Jus naturale non vult positivè, & absolutè, ut feræ, volucres, pisces, & cetera animantia sint communia, sed tantum negativè & permissivè; quatenus nullius sunt, & naturali Jure vacantia; ergo Jus eorum adhuc est relictum dispositioni Principis, qui si illud subditis suis adimat, nullum privat proprietate aut jure quæsitum, sed tantummodo facit ne Jus venandi sit in incerto.

*Prob. II.* Princeps potest ex justa, & rationabili causa Jus, alteri quæsitum, auferre, uti patet ab exemplo præscriptionis, ergo multo magis subditis poterit venationem prohibere, tum, quod facilius tollatur Jus quærendum, quam quæsitum. Atqui justa ratio, & causa exegisse videtur, ut subditis Jus venandi adimeretur, ergo Jure ademptum est. *subsumptum* ostendatur, quia vaga, & promiscua venandi licentia reipublicæ summopere foret nociva. I Quia subditi valde avocarentur à cultura agrorum, vini, &c. aliisque laboribus necessariis, quibus cives conservantur. II. Quia prætextu venationis subditi instrueretur armis, atque ita exercendis rixis, atque homicidiis, & latrociniis committendis fenestra aperiretur. Quia promiscua ve-

nandi licentia ingentem ferarum sollicitudinem præduceret, ut fortè celerius vulpiterem trajicere posses, quàm verem vulpem. IV. Quia conditioni Principis valde consentaneum est, ut recreationem habeat, qua curas publicas solvitur. Cæterum, si tibi dentes in carnem ferinam pruriant, æquò pretio eandem licebit emere, *Glessile loc. cit.*

Ad I. *Æ. disting. maj.* princeps non potest tollere Jus naturale, positivum, sive absolutum *con. maj.* atqui Jus naturale vult commune esse Jus venandi negativum *con. positivum neg. min.* & *con. seq.* Jus naturale non statuit positive, ut animalia ita communia sint, ut in communi omnium dominio permoneant sed potius ut nullius sint. Illa utem quæ nullius sunt, ex causa pub. & honestatis, certo hominum ordini, à princip. alteri conferri, aut sibi arrogari possunt, vix ullus est mentis tam infans, qui neget. Ad II. *Æ.* istam legem loqui de privato, venationem, vel piscationem prohibente sine justa causa. Ad III. *Æ.* I. Possit etiam principes se defendere titulo immemorialis præscriptionis, prout docet *Clariff. D. Finsterw. loc. cit. obs. 45. num. 4.* Res enim æteræ facultatis etiam admittunt præscriptionem; dummodo ex parte unius interveniat prohibitio, & ex altera parte acquiescentia, l. 10. ff. si servut. und. l. 6. ff. de S. P. U. *Harp. Inst. hic num. 118. Chægen. Inst. b. 1. q. 27. ob. 2.* atqui valde credibile est, Principes subinde subditis suis Jus venandi prohibuisse, ac prohibitioni subditos acquiescisse. *Æ. II.* Principes, vi potestatis ordinariæ, suis subditis Jus venandi tollere potuisse. Principes enim ea omnia facere potest, quæ justa ratione fundantur, & in reipublicæ emolumentum redundant, prout redundare prohibitionem venandi, supra demonstratum est.

Cæterum

Ceterum tametsi Principes Jus vendendi sibi arrogent, non tamen possunt prohibere subditis, ne arceant, aut abigant feras a satis, aut fructibus depascendis, cum cuius liceat sua defendere contra quemcumque privatum; consequenter a potiori contra bestias, quas utique subditi alere non tenentur eum gravi suo detrimento. *Hannoldi. loc. cit. num. 76. Franz. Inst. b. 1. p. 2. §. 3. num. 12.* Sanè, Principes obligari, ad damna resarcienda, quæ per Vagationem, aut nimiam ferarum multiplicationem consulete subditis intulerunt, nullus est, qui dubitet. *Molin. d. tit. 2. disp. 47. Zoy. ff. h. s. n. 14.*

- 32 Q. VIII. *An potè capitali officii possint, qui contra prohibitionem venantur? Item, an tales teneantur ad restitutionem?* R. I. Non paucos velle, ad restitutionem in conscientia feripetas non teneri, quia furtum non committunt, occupando rem communem, & prohibitio Principis non facit, quod minus feræ communes sint, utpote, quæ in nullius dominio sunt, & demum occupationes efficiuntur propriæ, *Scham. loc. cit. Dices secundum.* R. II. Tutius esse, ad poenam capitalem non decurrere contra feripetas; indignum enim, & homini inconveniens est, hominem ad Imaginem DEI creatum, & Christi membrum, propter feram bestiam mactari. *Buchov. vol. 2. disp. 20. ib. 3. lit. A.* Accedit, quod Carolus V. Imperator omnes fures in sua constitutione criminali puniverit; Feripetarum vero nullam mentionem fecerit: quare poenæ graviores, à principibus feripetis possumus injunctæ, non ex bestie intuitu, sed legis poenalem talem committentis transgressionem, in quam delinquens tacite consentire præsumitur, dimittendæ sunt. Illud tamen facile concedere, feripetas, et vel quæ pre-

bensum, & correctum, si quinta vios revertatur, tanquam incorrigibilem, & contemptorem Majestatis humanæ, vita privari posse, juxta decantatum illud; *qui Principi non obediens, morte moritur!* vide *Gleise Juraprud. territ. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 6. d. n. 8. usque ad finem.*

### §. ILLUD 13.

Q. hic, *an fera, ita vulnerata, ut capi possit, cedat vulnerranti, an capienti?*

Trebatio, aliisque placuit eousque videri vulnerrantis, donec eam persequatur; quasi licere non debeat, feram ab alio vulneratam, eidem eripere, & vulnerrantem, dum eandem persequitur, insidioso cursu antevertere. Deinde potentia, propinqua actui, pro actu habetur; ergo etiam fera bestia, ad mortem usque vulnerata, haberi debet pro mortua.

Hoc non obstante, contrarium statuit *Imperator*, sitque capientis esse, ex ratione, quia multa accidere possunt, ut is, qui lethalius vulneravit, eam non capiat. Ex hac ratione insert *Scham. l. c.* Sicut hæc circumstantia, videlicet, quod nihil accidere posset quod impediret à capta, feram vulnerrantis esse: sicuti, si in laqueum incidit, ita, ut se extricare nequeat, sedit laqueum ponenti, *ib. §. 5. ff. b. r.* Ad rationem dubitandi R. quod potentia, propinqua actui, pro actu habetur. Si nihil possit intercurrere, quo actus impediatur, vel si potentia ita propinqua sit, ut actus necessario sequatur; ex vulnere autem mors non necessario sequitur.

### §. APUD 14.

In præmissis dictum est, quod per occupationem ferarum animalium acquiratur eorum dominium. Verum cum de quibus

quibus tam animalibus dubium sit num fera sint, num mansueta? Idcirco h. *imperator* tria genera animalium decernit, quædam enim præter feras ut *cerus, asini, apri, lepores &c.* Et in his locum habet *regia* (puta de Jure communi) quod cedant occupanti. Quæ tam naturaliter sunt fera, se i consuetudine accitata, & hominum industria ita mansueta, ut à nobis abeant, redeantque, avolent, revolentque, veluti *columba, pavones, & quandoque cervi, &c.* Quædam naturaliter mansuetæ sunt, veluti *gallina, anseres, domusici, &c.* *Mans. n. 2. hic.*

- 33 Q. nunc, quæ animalia sunt apes, ad quod R. Imperator: *apibus quæque feram esse naturam.* Unde sequitur, & in his regulam locum habere; videlicet, quod cedant occupanti. Sicuti autem volucres, quæ in arbore nostra confederunt, nulloque fecerunt, non prius nostræ efficiuntur, nisi occupantur; ita etiam apes quæ in arbore nostra confederunt, & mellificaverunt, antequam alveo includantur, nostræ non sunt: idcirco, si alius eas incluserit, dominus earum efficitur per occupationem, *text. hic.* poterit tamen volens ingredi fundum tuum, ad includendas apes, à te prohiberi, ne ingrediatur, & post prohibitionem ingrediens, & includens apes, licet earum dominus fiat, tamen actione injuriarum conveniri, sicuti *supra* diximus. Quod si vero examen apium evolaverit ex alveo tuo, tam diu manet tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficultas redditur ejus perlocutio. *Schneidm. num. 5.*

Dista procedunt de apibus sylvestribus, de quibus est *l. si apes 26 ff. de furt.* nam in his, quæ cicures factæ sunt, de quibus *textus* extant in *l. 8 ff. summi brevis.* & ex consuetudine, ac diuturna assuetudine avolare & revolare solent, ea potius locum habent, quæ in sequenti

§ habentur. *Mans. 13. Wessend. Inst. hic n. 2.* Quid Jure Austriaco circa apes obtineat, vide *die Sätz und Ordnung de J. in ib. incorp. tit. 9. § 7 8 9. & 10.* ubi habentur ista verba: *Es ist einheimisch &c. n. 16. Si examen apium evolaverit à domino, idcirco trans manum (über einen gewandren weg) in alieno fundo vel arbore confederit, Dominus antequam inspectus, ne sedens remanere possit, licet ei aliud colligere, verum tamen non nocebit, donec et ad quæm pertinet fundum vel arborem revocatum sit, atque tunc factum unius erit si benevidetur. Ubi autem examen, quod trans viam alieno fundo vel arbore insedit, nemo persequitur, tunc licet ejus fundi vel arboris possessor examen colligat & asserat; nec ne eo quicquam impetiri Domino examinis tenetur. Si vero id tertius aliquis inveniet, et non poterit colligere vel asserere inspectato fundi possessor. Si tamen possessor fundi vel arboris eas insedit examen, post demutationem in mora sit, inventor autem interea id alveo includere, tunc licebit huic id capere. Qui autem ei sibi haberi volet, et pretium equum pro parte dividendis examini, mellem & alveorum alveo pendere debet, ut tamen ut penes eum qui alveum attulit optio sit, pretium accipiendo, vel examen ipsum retinendo. Si porro examen in via ipsa (in einem gewandren weg) arbore insederit, tunc poterit qui inspectus ibi colligere, nulla habita ratione possessoris fundi vel arboris.*

#### §. PAVONUM. 15.

*Pavonum & Columbarum fera natura* 34 est; ratio, quia feræ naturæ dicitur omne id, quod pastribus custodiri nequit. *Schneid. hic. n. 6.* Non obstat, quod evolare & revolare solent, hoc autem proprium sit animantium cicuratorum, quia id non ex sua natura, sed per accedens ex diuturna consuetudine, & assuetudine,

ordine, & affectione fit. Hinc supra §. 14. diximus quædam animalia esse naturaliter fera; consuetudo ne tamen circumstantiis, quem in censum pertinent *Peromys, Columba*, imo etiam libidine *Cervus*, quorum naturam feram esse, nemo negat; ire, & redire solent. *Manz* n. 3. Circa ista animalia obtinet *regula*, ut, eoque nostra esse, intelligantur, donec animus revertendi habent. Unde, quamdiu hunc animum retinent, qui ex redeundi consuetudine iudicatur, ab alio occupari non possunt, *text. l. c.* Adem, ut, si intercepta ab aliquo fuerint; aut saltem à revertendi consuetudine per insolationes, artes, & fraudes aversa hant, in eum actio furti competat, cum non res communes, sed res alienas, in viro domino, contrectet. *Manz* n. 9. *H. r. p.* n. 9. *hic*. Unde *Colliger* non licere alienas columbas sine furti crimine capere. *Schneid.* n. 3. *hic*. Ceterum vero, quando hæc animalia, consuetudinem redeundi abiecit videntur, & censeri debeant, iudici arbitrio relinquendum; quia, quæ facti sunt, certo defuncti non possunt. *Manz* n. 4. Putant tamen aliqui, si duabus vel tribus vicibus horis consuetus non revertantur, animum revertendi deposuisse, quia consuetudinem inducit bius, vel trius actus. *Schneid.* *hic* n. 4. *Franz.* p. 2. §. 3. h. t. n. 17.

### §. GALLINARUM. 16.

Hactenus de animalibus, prorsus feris, & naturaliter feris, consuetudine tamen cicuratis. Sequitur de mansuetis, qualia sunt *Gallina, Anseres, Oves, Porci*, &c. Circa hæc enunciat Imperator: si anseres tui, aut galline tue, aliquo modo turbati, turbatæque evolverint, licet conspectum tuum effugerint, quocunque tam loco sint, tui suæ esse intelligantur.

Kees ad Infinita.

Unde sequitur, si quis lucrandi animo anserem & gallinam detineat, quod furtum committit, *text. hic*, quia furtum etiam in minima re, & quantitate committitur, *c. ult. caus. 14. q. ult.* non enim id, quod furto ablatum est, sed mens furantis attenditur: sive non ex quantitate, sed affectu furandi delictum æstimatur; licet in puniendo quantitas consideretur. *Manz* n. 10.

*Dicitur*: actio de dolo non datur ob rem minimam, l. 10. §. 11. ff. de dolo; ergo neque actio furti dabitur pro gallina, imple re minima: quia actio furti æque infamat, quam actio de dolo. *§. 1. cons. ante neg. conseq.* disparitas est, quod actio furti sit ordinaria; actio vero de dolo sit extraordinaria, prout *D. o. dante*, l. 4. ut. 6. *Inst. audemus*; scilicet autem remedium ordinarium, quam extraordinarium datur, & actiones ordinariæ etiam dantur pro re minima. *Myf. Schneid.* *Manz.* *hic*. *Gayl.* 2. obs. 102. n. 4. Sic ob rem minimam raptam datur actio vi bon. rapt. *prim. Inst. de vi bon. rap.* ob cornua bovis conductio furtiva, l. 14. §. 2. ff. de conduct. furs. &c. Interea Iudex vehementer caveat, ne, si quis litiget de re minima, summum jus transferat in summam injuriam.

In Archi-Ducatu inferioris Austriæ circa recensita animalia ita se habet, *die neue Satz und Ordnung, de Juris. incorp.* §. 3. §. 11. Wann einer &c. i. e. Qui feram vel avem ab alio nutritam & revertendi consuetudine cicuratis interceptis & saltem detinueris, is non modo ad eam restituendam compellendus eris, verum etiam, agente Domino animalis prehendendus, ac decernente iudice puniendus eris. Cum ab aliquo columba, anseres, pavones, quæque generis animalia evaserint, quamquam extra Domini conspectum pervenerint, nec facta sit ulla persecutio, tamen

B b

an



ne supereminet. Dominio restituenda sunt; ac restitui ut ad quem effugerint, cum qui in motu dominum certiores facere. Qui autem ex hoc unum alterumque non sinit, et a iudice ad id compellendus erit, ac insuper ab iniuria detentionem penitus dabit.

### §. ITEM EA. 17.

- 35 II. Modus acquirendi de Jure gentium, est Occupatio in bello; nam ea, quæ ex hoste capitur, jure gentium statim nostræ sunt, *text. hoc. §. m l. 1. ff. h. t.* Ratio autem hujus non est illa, quod tales res nullius sint, quoniam hostes revera domini sunt; sed, quia pro derelictis habentur, res suam pro derelicto habere cedunt occupanti, *§. pen. h. t. Pomerck. hist. hic.* vel ideo, ut homines scelerati, justo bello victi coercentur, & ut milites ipso prædæ alacriores reddantur. *Harp. num. 2. Perez. Inst. hic.* Dicta conclusio in tantum amplior, ut etiam liberi homines in bello capti, in servitutem nostram deducantur; ratio est eadem, quæ supra. Quod si tamen taliter capti evaserint; sive vi, sive fallacia potestatem hostium, & ad suos reversi fuerint, postlimini jure libertatem pristinam recipiunt, *text. hoc.*

Hodie inter Christianos, propter charitatem Christianam, & quos magis fratres invicem, quam servos esse docet, jus captivitatis cessat; ac proinde, etiam iustissimo bello capti, de consuetudine generali, capientium servi non fiunt; certam tamen pecuniam, lyri nomine (id est: *de Rhyrum*), debent persolvere, & sic redimuntur. *Harp. n. 10. hic. Manz. num. 8.* Si nempe captivatus, vulgo *em Cartel*, inter militantes erectus, & lyrum pro qualitate captivorum determinatum fuit, alias enim tantum permutatio personæ equalis pro equali locum habet. Ita autem conclusio

limitatur, ut tantum de rebus mobilibus, non etiam immobilibus procedat; hæc enim publicantur, hoc est, illius efficiuntur, cujus accipiens bellum geritur: tales autem res immobiles sunt v. g. agris, fundi, prædæ, arces, urbes, &c. quibus etiam tormenta, ceterique apparatus bellici, armis, & pecunia publica, immediateque bellum gerenti propria annuerantur. *Manz. n. 11. Schneid. hic.*

Dubitatur, an capta ab hostibus prius dominis veniant restitui in servitute bellica deinde hostibus auferantur? *§. 2.* Certam esse sententiam, res immobiles, hostibus devictis, receptas, in præda non esse; sed postlimini ad suos dominos reverti. Ita sancit aperte *text. m l. 20. §. ff. de captiv. §. postlimini. reversi.* Ceteras vero res privatas, & mobiles in præda manere, verius est per *l. 28. ff. mod. Ratio*, quia per occupationem sui quæsum habent. *Harp. n. 21. Zoff. ff. de A R D. n. 18.* Hodie acquiritur rerum hostium in bello videtur pendere ex liberalitate bellum gerentis; proinde tantum cedit privato, quantum princeps volet. *Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 3. n. 40.* in castris tamen Cæsares indifferenter res mobiles occupantur, (id est: *auf einer Partbey*), intra officiales, & gregarios a proportionem ipsorum stipendiorum dividuntur; ita tamen ut duci partem præcipui honorari loco, res autem mobiles ab inimicis focis abrepiat & ab aliis recuperant ante 24. horas jure postlimini præda bellica gaudent, is elapsis, reoccupantur maneat.

### §. ITEM LAPILLI 18.

III. Modus acquirendi de Jure gentium est Inventio. Nam, si quis lapidus, gemma, margarita, concha, vel alias res in mari, vel litore maris invenerit, & apprehenderit, is naturali ratione sibi

statim dominus illarum efficitur; estque ratio, quia hujusmodi res sunt nullius, siue communes, ut ipsum litus, & ideo inventum, siue occupatum cedunt. Dicit autem Imperator in *litore maris*, nam quæ in privatis locis, vel viis & itineribus publicis repetuntur, inventum non sunt, sed prius domini manent, & etiam per publicum præconium ei reddenda sunt; aliquid fortum committitur, c. 6. *cons. l. 4. q. 3.* Ratio, quia quod tuum non est, scire debes, ut alium spectare, l. *pro Cod. unde vi.* Dicitur deinde, *inventum est apprehensum*, ratio, quia, ad acquirendum non tu sciri licet videre, & non ostendere, sed necesse est apprehendere, & occupare: inventio enim non fit oculis, sed manu, non visione, sed apprehensione. *Part. huj. luc.*

37 Q. III. Si duo simul in litore maris ambulans, & unus prius gemmam videat, alius vero prius apprehendas, cujus erit gemma? Sunt, qui prius videnti assignent. *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. sb. 2. tit. H. Schamb. luc.* Prior ita scribit: *fatendum est, aliam esse rationem animalium, quæ se ipsa movent, aliam rerum mobilium manunarum, supra terram apparentium, in quibus licet apprehensione opus sit, eximantur tamen, quoniam istæ res de loco se movere non possunt, etiam aliquid aspectu tribuendum esse; veluti, si quis gemmam, prius a se sitam, animo, cum apprehendendi demonstraret aliter, dicens: se gemmam ibi invenisse, priorem se esse debet neque alterum prævertendo, dominum sibi vindicare posse.*

II. Ly invenire ex communi hominum acceptatione efficitur. licet apud rehenfionem non requirit, dum enim quis gemmam, ante se jacentem, videt, vere dicit, gemmam invenisse, ergo non requiritur apprehensio.

III. Dicitur in textu: *statim inventorio fuit*, id est, etiam ante apprehensionem.

IV. Potest alteri trahi fundus per solam visionem, l. 1. §. *pen. ff. de acq. vel au. r. poss.* ergo a fortiori etiam acquiri res, quæ ante adhuc nullius est.

Hic non obstantibus probabilior, & longe venior est *Sententia*, rem occupantis fieri. *Hannold de J. & J. tit. 5. contr. l. cap. 1. n. 2. H. sp. l. 1. l. 1. n. 3. Treutl. vol. 2. disp. 20. sb. 2. tit. H. Manz. n. 6 & Schneid. n. 9.* Ratio I quia occupatio, non visio est modus acquirendi, nullum enim texum ostendere possis, qui dicat, visionem esse modum acquirendi. Ratio II, desumitur ex particula *item*, quæ est repetitio præce entium clausularum cum suis qualitatibus, atqui in *præced. §§.* dictum est, quod non sufficiat ad acquirendum rerum dominium *Visus*, sed *Occupatio* requiratur; idem ergo etiam de hoc modo inventionis dicendum erit. *Accedit* quod verba cum effectu accipienda sunt l. 1. §. *hæc autem. ff. quod quisque juris &c.* Hinc fac! *vigere* statutum, ille, qui furem, vel latronem invenerit, habeat centum. Plane videnti solummodo isti centum non debeatur, sed apprehendenti, & occupanti. *Schamb. loc. cit.* Ratio III. patet ex l. 3. §. 3. *ff. de acq. vel au. r. poss.* ibi dicitur, quod solo animo non possumus acquirere possessionem; si non antecedit naturalis apprehensio. Hinc l. 3. §. 3. adjungo l. 1. §. 1. d. 1. ubi dicitur, quod *margaritæ*, in litore maris inventæ, ejus fiant, qui primus earum possessionem nactus est. Jam sic arguo: Res communes, in litore maris inventæ, ejus fiant, qui possessionem earum prius nactus est, d. l. 1. §. 1. Sed possessio solo animo, siue sola visione non acquiritur d. l. 3. §. 3. ergo ejus non fiant, qui tantummodo vidit, & non apprehendit. Ratio IV. quia talis

**Semina nullius est**, atqui circa res, quæ nullius sunt, tradita est *regula*, quod jure naturali primo o *capanti* N.B. (non dicitur *videnti*) cedant.

Ad I. Dico: rationem differentie, quam *Barthov.* inter res, quæ se movent, & quæ se m. vere non possunt, auctoritate juris destitui; & contrarium involvi per particulam *item accedit*, quod etiam thesaurus sit res, quæ se movere non potest, & tamen thesaurus non cedit videnti, sed occupanti. Ad II. dico. *ly inveni* apprehensionem requirere, verba enim cum effectu accipienda sunt. Deinde inventio *definitur*, quod sit occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius sunt, *Franz. Inst. b. 1. p. 2. num. 30* Non vero definitur, quod sit visio, adeoque signum est, quod apprehensio ad inventionem requiritur. Ad III. *32.* itaui inventoris sunt, atquo res inventas apprehenderit. Ad IV. *cons. ant. neg. confeg.* Traditio enim ad suam formam non requirit de manu ad manum rei translationem; cum etiam per *scilicet* manum res tradi possit. *Accedit*, quod, ad traditionem perficiendam plus non requiratur, quam, ut alter jus, quod habet in re, in me transferat, sic enim jam acquirō ei dominium, quia omne jus, quod habuit, in me transtulit. Contra, ut rei communis, quæ nullius fuit, acquiram dominium, debet aliquid intercedere, quod dominium tribuat, ut res desinat esse communis: atqui nihil est, quod tribueret dominium, nisi occupatio; ergo.

#### §. ITEM EA. 19.

IV. Modus acquirendi est *Factore, nascitur, seu procreatio animalium*. Quidquid enim ex animalibus, dominio nostro subjectis, nascitur, Jure naturali, seu gentium nobis acquiritur, *text. luc.*

cujus hæc est ratio, quia fetus, sive partus est veluti pars ventris. Non potest autem pars alio jure censi, quam totum; ergo, cuius totum est, necesse est, & partem esse, quoniam pars toto continetur. *Harp. num. 2. luc.* Ratio alia, quæ a accessorium sequitur suum principale, & partus ventrem, l. 7. *Cod. de R. V.* cuius igitur est venter, ejus est & partus, *Atanz. num. 3.* Unde sui sponte fuit, quod, si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non sit tuus, sed meus equulus, qui natus est. *Herzog. Es. for. Inst. luc.*

#### §. PRÆTEREA. 20.

V. Modus acquirendi domini est *Alluvio* 33  
20. Nam si flumen per alluvionem agro tuo aliquid adjecerit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem *alluvio* incrementum lateris, cum quæ na paulatim prædio nostro adjicitur motu fluminis, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur. *Ratio* hujus domini acquirendi à variis variis redditur. I. est hæc, quam allegat, *Schneid. hic num. 1.* quia nullus hic versatur possessores animus, nullum ejus factum, quo magis alieno fundo quidquam detrahat, de suo adjiciatur, consequens est, ipsam naturam sua sponte per alluvionem id appropriare fundo, cui accedit, II. Ratio adornatur ab *Harp. hic.* quia accessorium sequitur suum principale, l. 172. *ff. de R. J.* & pars sequitur naturam totius, ita ut, cujus est totum, illius merito sit & pars, quæ toti accrescit. Equitas vero hujus acquisitionis ex eo augetur, quod, quæ alluvione accrescunt, via latenter, & obscure aliis locis detrahuntur, ut non intelligatur, quorum prius fuerint, & quibus sint detraha; proindeque, licet quis maxime vellet p. toribus dominiis illa restituere,

boni tamen possit, cum, qui domini fuerint, ignoretur. III Ratio assignatur a *Manz. hic. num. 4* quia ista res, quam aqua vehit, censetur esse communis, ergo is sit dominus, cui adjicitur.

Sane fundus limnatus, puta, qui certis limnibus circumscriptus est, ac auctoritate publica signatus, jure alluvionis non gaudet, *l. 16 ff. de A. R. D.* Ratio, quia dum fundus factio publico signatus est, satis declaravit res publica, quod Jus alluvionis sibi velut reservare. Fundus illimitatus vero, sive cujus limen est ipsum flumen, gaudet jure alluvionis, *text. hic. & arg. l. 16 ff. de A. R. D. Prutshus de Jure alluv. hb. 2. cap. 1. Et hb. 1 cap. 2 num. 7* Quemadmodum vero fundus limnatus jure alluvionis non gaudet; ita quoque loca sacra, religionis & sancta jura alluvionis non recipiunt, eo quod talia loca nullus esse dicantur, *l. in tantum. §. sacra res. ff. de D. R.* quae autem in nullus bonis sunt, non gaudent jure alluvionis. *Prutsh. loc. cit. num. 6. Et l. 2. c. 1. num. 3.* Sed, cujus erit insula, nata inter agros limnatos, vel loca sacra? Bartr̃ in eam condescendit opinionem, ut illorum insulam fieri existimot, qui post agri s. limnatos habent vicina praedia. *Contra* sentit *Prutsh. loc. cit. cap. 2. num. 1.* ubi vide.

### §. QUOD SE. XI.

Dicturn fuit supra, si latenter accretio. *rit?* hinc, si vit fluminis notabilem partem alterius agro adjuvat, ea adhuc prioris domini manet, ratio, quia pars, per fluminis impetum de tuo pradio detracta, quamvis ad alterius praedium delata sit, separata tamen manet, nec pars ejus esse intelligitur. Quare tu, nupote adhuc dominus, partem istam vindicare potes; dummodo caveas vicino de damno infecto, *l. 9. §. 2. ff. de damn. infecto. Harp. hic.*

Plane si pars detracta diu adhaxerit fundo vicini, arboreisque, quas secum traxit, ibi radices egerint, tunc partem propter negligentiam non repetentis, partem propter alimenta fundi alentis, alternis agri domino acquiritur, *text. hic.* Quando autem arbores in fundo alterius radices egisse censeri debeant, judicio rusticorum standum est; ratio, quia cuique de his, quae sunt artis suae, vel professionis fides adhibetur, *l. 12. ff. de stat. homin. Manz. num. 12.* Non Obstat dictus *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* ubi ita rescriptum est: *de arbore, quae, in alienum agrum translata, cohaeret, Et radices immisit. Varrus, Et Nervus utilem in rem additionem dabant.* ergo, si prior dominus utilem in rem actionem habet, unquam dominum ejus non amisit; sed tenuit, etenim actio in rem nemini, praeterquam domino, competit. Non (inquam) *textu* iste refragatur, ad cujus solutionem, licet variis variis excogitaverunt, placet tamen ista, quam *Harp. n. 7. hic. Ludwel. Inst. end. Hunn. ad Transl. vol. 2 disp. 28. ib. §. q. 25. Manz. Et Mysing. hic.* in medium producant, dicentes: arbores, sive impetu fluminis, sive facto hominis ablatae, si ab eo in fundo radices egerint, a priori domino amitti, atque ei, cujus in fundo posita sunt, acquiri in tantum, ut is utilem actionem, si forte alius istas occupaverit, habeat. Utiles autem actio ibi dicitur, non quae directe opponitur, sed, quae ad agendum utilis est, & efficax: cum enim fundi illius, in quo arbores sunt posita, dominus plenum acquisierit dominum, necessario sequitur, ut ei non utilis, sed directa actio (quae utilis vocatur, quod ad agendum efficax sit, nullaque exceptione removeri queat) accommodetur.

## §. INSULA. 22.

- 39 VI. Modus acquirendi dominium est *Insula*, exinde sic dicta, quod in solo, siue mari sit; est autem nihil aliud, quam terra seu locus, undique aqua circumdatus. *Schuerd. n. 2. hic.*

Insula alia est *naturalis*, quæ semper fuit, ut *Corfica, Creta &c.* Alia est *causa* siue *accidentalis*, quæ in flumine fit; &c. si quis iter, in mari ero petro accedat, &c. ut posteriori loquimur §. ult. tancique, si in mari (quod tamen raro accidit) insula nascetur, occupanti cedat. Ratio est in *textu*, quia nullus esse creditur; quod autem nullus est, id naturali ratione occupanti conceditur; *R. no rationis*, quia unaquaque pars iudicatur secundum humi totum, & quod juris est de toto quoad totum, idem est de parte quoad partem; *L. que de tota, ff. de R. p. atque insula censetur pars maris; ergo*, sicut mare, & intora maris nullus sunt, ac proinde occupantis, ita quoque Insula, *Manz. n. 4.*

Dicitur est: *raro accidere, ut in mari Insula nascatur.* Ratio, quare id raro contingat, est, quia altitudo, & profunditas maris ejusdemque fluxus, & refluxus nimis violentus, & magnæ undæ, atque procellæ vix patiuntur, terram coalescere, & in formam Insulæ exaggerari Terræ motibus ita enim quandoque id accidere, testatur *Pun. lib. 2. cap. 85. Manz. & Harp. n. 2.*

## AD VERS INSULA.

- 40 Si Insula nascatur in *publico* (quod frequenter accidit) tunc, si mediam partem fluminis teneat, id est, in medio fluat, sit eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet *latitudinis*, id est *frontis seu longitudinis*, agri cuiusque juxta

ripam; hoc est, quantum unus quisque spatii, vel longitudinis habet juxta ripam, tantum quoque spatium habeat in ipsa Insula. Ratio hujus acquisitionis est, quia Insula illa videtur decerpta ex ripis, utrinque vicinis, & proinde ad agros proximos pertinet. *Harp. nam. 4. §. 6.*

## AD VERS QUOD SI ALTERI.

Quid? si *Insula* in *prædio* sit proxima, & non in medio nascatur? *R. Imperator* Insulam eorum tantum esse, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Ratio, quia ejus dimittat fundi pars esse videtur, cui est proxima & ab eo velut decerpta. *Perez. Inst. hic.*

Quod si vero flumen se dividat, & agrum alicujus cingat (quod *Hugonius* circumlavionem vocat) Insula quidam fiet, manebit tamen ejus, cujus erat, *text. hic. §. in l. 7. §. 4. ff. h. t.* Ratio, quia speciem agri non mutat, non enim fuit unquam facies soli mutata, & Insula non est recens nata, sed terra jam occupata, & ab alio possessa; cujus forma, facies & causa cum non mutetur, certe nec dominium mutari debet. *Manz. n. 28.*

Non obstat *l. pen. §. 1. §. ult. ff. de A. D. R.* ubi Insula publica esse dicitur, *R.* enim, Insulam ibi publicam dici ratione usus, eamque non totam, sed quoad extremitatem, quæ extremitas sit loco & instar ripæ, & proinde usui publica, *Barboz. Inst. hic. §. La Insel. nom. 9.* hic ait Insulam inter duos agros limitatos natam fieri communem, atque ita occupantis. *L. 1. §. 6. ff. de fluminib. Frusab. l. 2. de fin. & alluv.*

## §. QUOD SI NATURALI. 23.

*Alveus* est locus & fossa, per quam aqua fluit, alii ventrem, alii lectum, alii cubile fluminis appellant, estque Juris publici,

ai, quomodo flumini servit, sicut ipsum flumen. *Schneid. num. 1.* Quod si flumen naturalem suum alveum (hoc est fossam illam per quam labitur) in universum dereliquerit, & ad partem fluere coeperit; (*Wann das W. in einen andern Rinn-Fall gerathen*) Tunc prior alveus eorum erit, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis ejusque agri, quæ prope ripam sit. *text. hic Manz. n. 2.* Novus autem alveus sit ejus juris, cujus juris est flumen: cum ergo flumen sit publicum, & alveus erit publicus, ratio, quia pars sequitur conditionem totius, alveus autem quomodo subest flumini, ejus pars est, & ideoque ejusdem juris cum flumine. *Harp. n. 4.* Quod si vero novus alveus iterum mutetur, & ad priorem alveum revertatur flumen, rursus novus eorum fiet, qui proximos agros possident, non vero reddetur eis, quorum agros absumpserat, *text. hic.* Ratio est, quia mutata forma rei substantia interire dicitur, at horum agri veterem formam & speciem mutaverant, ideoque ad pristinos dominos non revertuntur. *Harp. n. 5.*

#### §. ALIA SANX 24.

42 Si ager alicujus inundetur, id est aqua tegatur, tum possessio quidem interrumpitur, *l. 3 §. 17. ff. de acquir. poss.* dominium tamen non aufertur, *l. 7 §. 6 h. r.* nisi sit inundatio perpetua, vel talis, quæ speciem agri mutet. Non obstat *l. si ager 23. ff. quibus modis usu fructus amittitur*, ubi dicitur, inundatione amitti proprietatem, & usufructum, ergo ipsum dominium. *Manz. hic. n. 8.* tandem etiam amitti dominium, quando durat inundatio, puta, quando effectum, seu (ut *Schneid. ait*) amittitur dominium amissione facti non ea, quæ jure sit; unde in *d. l. 7. §. 6.* dicitur,

cum recesserit aqua, palam est, ejusdem esse, cujus & fuit. Aliter *Manz. hic. locum;* atque, neque proprietatem, neque usufructum proprie amitti, sed tantum improprie, & apparenter; alias non refluisset utrumque recessu fluminis.

#### §. CUM EX 25.

VII. Modus acquirendi de Jure nato-  
re est Specificatio, sive (ut magis proprie loquar) nova species ex altera materia conformatio, & effectio, *Harp. n. 1.* *hic in exemplo*, si quis alienis vinis vinum, olivis olivum, specis frumentum, aut ex alieno auro vel argento, vel areas aliquod faciat; vel denique ex alieno melle, & vino nullum miscuerit. *Idem, & ejusmodi casibus.*

Q. quis nova species dominus fiat, aut, qui fecit; an totus ille, qui materia Dominus fuit? Circa hæc Q. vehementer altercabantur veteres *Consulti.* I. S. C. Sabiniunorum tenebat, eum esse dominum, cujus materia fuit, quæ sine materia nulla species effici potest; ergo, qui materiam Dominus fuit, idem ejus quoque, quod ex materia factum est, Dominus erit *l. adeo 7 ff. h. r.* II. Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non debet, *l. 11. ff. de R. J.* III. Quod ex re mea fit, meum est *l. 42. §. denique ff. ad exhib.* IV. Quia nemo cum alterius jactura debet locupletari, *l. 295 ff. de R. J.*

Verum hæc aliqua ratio parum ad rem facit: nam is, cui dominium adjudicabitur, alteri estimationem materis, vel labori præstare, & rescire tenetur, *l. 43. §. 4. ff. de R. P. Schamb. hic.* SC. Proculianorum e contrario putabat, eum esse dominum novæ species, qui speciem facit. Movebantur I. quia, quod

quod factum est, antea nullius erat. *l. 7. §. 1. b. t.* ergo faciens censeretur debet dominus. *Harp. num. 2. II.* Quia forma dat esse rei, ergo debet is esse dominus, qui rei esse dedit. *Schomb. hic. III.* Dignus trahit ad se minus dignum, *arg. §. 34. nisi a b. t.* dignior autem videtur esse forma, quæ dat esse rei, quam materia. *Manz. num. 13.*

Neutram Sententiam comprobavi. *Ju. Alciensis*, verum distinctionis adminiculo discordiam *J. Consultorum* sustulit, licquæ sancit: aut enim ea species ad priorem & rudem materiam potest reduci, aut non potest reduci? Si potest reduci, quemadmodum poculum conflatum reduci potest ad rudem materiam argenti, vel auræ, tunc is erit Dominus novæ species, qui materiam Dominus fuit; ratio, quia species non videtur novam formam suscepisse, quæ tam facile resolvi potest in pristinam, & rudem materiam. *Schmid. num. 4.* Ratio alia, quia paria sunt, esse tale, & ad tale posse reduci, *Manz. num. 15.* ubi infert, quod si poculum feceris ex meo argento, poculum meum fiet.

Si nova species reduci non potest ad pristinam materiam, tunc nova species codit specificanti, v. g. vinum, vel oleum ad uvas, vel olivas, non potest reduci, ergo vinum, & oleum illius sunt, qui illa expressit. Item cerevisia ad lupulum, & hærdeum reduci non potest, ergo is dominus videtur, qui cerevisiam coxit, & brassavit; ratio, quia, quando species ad rudem materiam non potest amplius reduci, materia habetur pro perperda: materia autem perperda & extincta, dominum quoque ejus solutum censetur, *Manz. num. 16.*

Non obstat regula, quod ex meo fit, meum est, nam ad veritatem illius regule requiritur aliqua illarum conditio-

nam, scilicet quod egomet faciam, aut alius meo nomine, vel mandato meo, vel sine mandato, me tamen ratificante, vel denique quod alius faciat mala fide. *Schneid. n. 4. hic.*

Porro, ut specificans fiat Dominus novæ species, plura adhuc concurrant, necesse est, I. ut bona fide novam speciem confecerit, nam sciens malæ fide de aliena materia quid faciens, non sit ejus Dominus, & videtur operam suam Domino materię donare, *l. cuius per errorem §. 3. ff. de R. J. Schneid. num. 5. II.* ut species ad antiquam rudem materiam reverti non possit, *text. hic. III.* ut faciens suo nomine id fecerit; si enim alterius nomine id fecerit, ejus effectus, cujus nomine facta est species, *l. adro 7. §. 7. ff. de A. R. D. Harp. num. 10. §. 21. Schneid. hic. VI.* & ultimus, ut nova species constitutatur, nam, veteri specie manente, & figura tantum externa mutata, res non fit specificantis; sed prioris domini manet, licet ad rudem materiam reduci non possit.

Unde infero, si quis lanam alienam purpurea, aliove colore tingat, aut tingendam curet, quod nihil suum faciat, sed lana ejus maneat, cujus ante fuerat; quoniam novum duxerit colorem, & non novam speciem hinc lante inducit. *l. 26. §. ubi ff. de A. R. D. pariter*, si quis ex alienis speciebus frumentum excutiat, frumentum non excutienti acquiritur, sed manet illius, cujus & specie fuerant: quoniam excutiens non nova grana fecit, sed ea, quæ cortice occultabantur, & perfecta jam erant, detexit. Ita aperte sancit *l. 7. §. 7. ff. rod. Harp. n. 8. hic.*

Objic. §. 25. hic ubi dicitur, quod frumentum ad species reverti non possit, ergo frumentum, bona fide excussum, fit excutentis; sed hoc repugnat memoratæ *l. 7. §. 7. ff. tantum esse inter illos duos*

*demostratur discordiam, ut ea propter aliqui aut apertam antinomiali stentant, aut erroris arguant juris compilatores, scriberque in eos iuvantur. Ego sic puto rem comparari posse, si dicatur §. 25. hic. ex d. l. 7. §. 7. supplendum esse & in d. §. 25. tantum inadæquatè exemplum ponis, non vero adæquatè, hoc est, ut frumentum fiat excusantis, sicut vinum expressum fiat exprimentis. Sensus ergo textus §. 27 est ita is, si nova species non potest ad rudem materiam reduci, sicut trumentum ad foicas reduci non potest, & simul fiat nova species, tunc ea res fit specificantis; jam frumentum habet quidem istam qualitatem, ut ad rudem materiam reducibile non sit, alteram vero qualitatem non habet, ut excusum novam speciem constituat. S. h. amb. Inj. hic B. h. v. vol. 2. d. 20. d. 1. l. 1. A. & B. Manz. n. 20. d. 1. l. 1. A. & B. Manz. n. 24. Harp. n. 10.*

#### AD VERB. QUOD SI PARTIM.

Hactenus vidimus, quid juris sit, si nova species fiat ex materia prorsus aliena. Nunc, quis dominus nova speciei fiat, si quis eam, partim ex aliena, partim ex sua confecerit, v. g. ex suo vino, & alieno misco vinum. Imperator, dubitandum non esse, illum fieri dominum, qui fecit; ratio, cum non solum operam suam, & formam dederit, sed & partem ejusdem materie præstiterit: naturalis enim ratio eum præfert, qui plus ad efficientiam rei contulit, & duplex causa vini præponderat. Manz. n. 32. Quod tamen ita demum verum est, si nova illa species, ad priorem materiam atque causam reduci non potest, & si specificans in bona fide fuerit. Manz. n. 13. & Harp. n. 14.

*Notæ ad Instituta.*

#### §. SI TAMEN. 26.

VIII. Modus acquirendi dominium est *Accessio*, cujus etiam species *Intextura* nam, si quis purpuram alienam vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit, tamen vestimento cedit, etenim de accessione hæc est regula juris: si res quædam sit confecta, ita, ut habeat propriam qualitatem & formam, tunc id quod ac tanquam pars accedit, toti cedit, sic v. g. si quis *statua brachium, scypho ansam, lecto fulcrum, domui comitum* adjecerit, id, quod additum est, toti cedit, ratio, quia accessorium sequitur naturam, & conditionem sui principalis. S. h. iud. nov. 2. ubi tamen *Observe*: accessorium & principale non considerari ex valore, & pretio rei, sed magis ex distinctione & voluntate patrisfamilias; si iste aliquid rei perficiendæ, vel onerandæ gratia a hiberit, illud dicatur accessorium. S. h. amb. hic. Unde dicit, quod si aurum margaritarum, aut gemmarum causa, adhibetur est, ut illi lapides eo commodè uti possint, tunc aurum margaritis cedat. Si vero econtra margaritæ, & gemmæ adhuc sint, ut aurum ornarent, tunc illi lapides auro cedunt, text. hic.

Non *Obstat*, quod dignitas trahat ad se minus dignum, alias prævalentior ratio habeatur. Ista enim regula fallit, si dignius & prævalens accessorio concurrat, tunc enim non pretium, & prævalentius spectatur, sed id quod accidit per modum accessori, hoc sive sit pretiosius, sive non, accedit toti, & principali, nihil enim vetat, plus esse in accessorie, quam in principali, semper enim accessorium sequitur suum principale. Manz. n. 6.

Q. *Qua sit differentia inter accessionem, & specificationem?* R. I. Quod in specificatione non consideretur unum per  
C e modum



modum accessorii, & alterum per modum principalis. *¶* II. quod in specificatione necessarîo requiratur bona fides; in accessione non attendatur, an bona, an mala fides accesserit: cum regula indiffinîte habeat; accessorium sequitur suum principale: & quia res quæ accessit, pro extincta habetur, mirum non est, quod prior dominus dominium amittat, & rei vindicationem, quæ dominium ex parte agencis supponit, non habeat. *Manz. n. 13.*

*Dices*: ergo prior dominus dominio rei suæ sic defraudatur, ut nullam actionem habeat? *¶* tamen actione non habere; ubi tamen *Dominio* adhibenda, an bona, an mala fide quis propura in suo vestimento intexuerit? Si bona fide, habebit prior dominus Conditionem sine causa. *Hirp. hic. mon. 3 & Manz. n. 17* quæ non ad rem ipsam, sed ad pretium rei venisse agit. Datur autem communiter ista conditio sine causa tunc, quando quis dominium sine factis suis emittit, & res ab altero sine iusta causa possideatur. *Manz. loc. cit.* Si verò mala fide, competit adversus ipsum actio furti ad poenam, & conditio futura ad restitutionem. *Schamb. hic.*

*Dices*: si intexens est factus Dominus, ergo non tenetur actione facta tibi. *¶* quod furtum commississe dicatur tunc, quam primum purpuram accepit, adeoque, & tunc actio furti nata est quæ semel nata, factis delinquentis extingui non potest: aliàs in ipsius voluntate, & potestate esset, utrum non obligatus esset, nec no. *Manz. n. 12.*

*Dices*: si potest conditione furtivâ prior dominus agere, potest etiam rem vindicare *¶* neg. seq. quia ad vindicationem non requiritur, ut res adhuc existat, hæc autem pro extincta habetur: unde, si prius ad exhibendum sit actum, & res

exhibita fuerit, cum tunc dominium prius reviviscat, tunc quoque vindictio reviviscit. *L. 6. ff. ad exhib. Schamb. hic.*

### §. SI DUORUM MATERIE. 27.

*IX.* Acquirendi dominium modus est *Confusio*, quæ in scilicet materię ejusdem, vel diversi generis voluntate duorum dominorum confunduntur, vel ex illis certa species facta est, nam tunc illud corpus, quod ex confusione fit, est utriusque commune, naturali ratione propter voluntatem scilicet & consensum dominorum; veluti si qui vinum sua considerint; aut massas auri, vel argenti conflaverint; secus, si interveniat voluntas unius tantum: nam tunc species facta non fit communis; sed unius tantum, qui eam fecit. *Ampliator* hæc *Conclusio*, procedere etiam tunc, si casu fortuito, qui neutri imputari potest, materię confundantur, ut corpus inde factum fiat commune, ita, ut actio communi dividendo inter eos locum habeat. *hic.*

### §. QUOD SI 28.

*X.* Modus acquirendi est *commixtio*, veluti, si frumentum Tui tuo mixtum fuerit; & dicitur autem *Commixtio* & *Confusio*. Confundi enim ea censetur, quæ confusa pariunt novam speciem, ut *Vinum* & *Mel* propriè confunduntur, & confusa generant aliam speciem, scilicet *Misum*. Item ex *Auro* & *Argento* fit *Electrum*. At commiscere dicimur, quando confundimus res, quæ non transeunt in aliam speciem, sed priorem retinent, & manent in eadem substantia. Mixtio tamen sæpè pro confusione ponitur, & econtr. *Schneid. n. 3.*

*Quæ* tatenus procedunt, si mixtio fiat voluntate dominorum; nam tunc pro indiviso res sunt communes: ita ut

contra

contra illum, qui corpus mixtum in solidum possidet, alteri pro sua parte actio *communis dividendo*. Quod si non voluntate dominorum, sed casu frumentum, vel aliud mixtum fuerit, non sit commune, nec actio communi dividendo, sed rei vindicatio locum habet; præsertim quando diversæ speciei materiæ commixtus sunt. Nam, si ferè similia commixta sint, & dubium sit, quantum, & quæ ad quemlibet pertineat; tunc iudex ex officio suo aliud restituit, *Schwend. & Manz. l. ult.*

### §. CUM IN SUO SOLO. 29.

**XL.** Acquirendi dominium modus est *ædificatio*, quæ vel sit ex materia aliena in tuo solo; vel ex sua materia in alieno solo: de priori casu agitur hinc §. Si quis ex aliena materia in suo solo ædificat, v. g. *d. unus, horreum, molendinum, &c.* sit ædificator dominus, quia omne, quod sit, ædificatur, solo cedit, *text. l. ult.* Ratio rationis, quia accessio cedit principali, minus minori, pars toti. *Harp. num. 2.* & hoc proce sit in solo privato; qui enim solo in publico ædificat, ædificium sit ædificantis, & non cedit solo. *l. 6. ff. de D. R.*

### AD V. NEC TAMEN.

**48.** Q. *An ergo is, qui in suo solo ex aliena materia ædificat cum dominus pat. ædificat, etiam dominus fiat materiam?* Dixeris quod sic, quia duo non possunt unius, ejusdemque rei in solidum esse domini, *l. 1. §. 1. ff. commodat.* cum ergo is, qui ædificavit fiat dominus ædificati, dominus invenietur ejusdem dominus esse non potest. At, hoc non obitante, Imperator *Be. contrarium*, quod non desinat materiam dominus esse; ratio, quia nemo invitus res sua privandus est, *l. id quod nostrum ff. de R. J. Schamb. l. ult.* Ad ra-

tionem dubitandi, *Be.* bene fieri posse, ut quis dominus sit totius, alter verò partem; aliud enim est ædificium, aliud materia. *Manz. n. 12.*

### AD V. SED TANTIS PER.

Q. *An ergo dominus materia possit eam ab ædificante vindicare?* Dixeris, quod sic, quia, ut rei vindicatio locum fortietur, requiritur ex parte vindicantis dominium, & ex altera parte possessio; sed sic se habet, ergo. Hoc tamen non obitante, *Be.* hæc ratio, in contrarium allata, regulariter vera sit; hic tamen casus exceptus est, propter *L. 12. Tabb.* quæ expressè prohibet, ne quis tignum alienum, ædibus suis junctum, ex merito cogatur, *text. l. ult. & l. in rem. 23. §. 6. ff. de R. V.* Ratio est in *textu*, ne ædificia rescindi necesse sit, præsertim in civitate, ubi publice interest, ne aspectus urbis detrimatur, licet proinde, inspecto rigore juris, tignum (sub nomine tigni venit omnis materia ex qua ædificia fiunt, v. g. *lapides, trabes, cæbe, tegulae*) alienis ædibus junctum, vindicari possit, tamen *L. 12. Tabb.* propter uti rationem publicam id solvi prohibuit, adeoque rei vindicationem differri voluit. Quod adeo verum est, ut ne quidem adversus malæ fidei possessorem qui scivit materiam alienam esse, rei vindicatio institui possit, *l. 1. ff. de tigno juncto*, quia ratio utilitatis publicæ generalis est, ergo & prohibita.

Objic. *L. in rem. 23. §. tignum 6. ff. de R. V.* ubi expressè dicitur, adversus malæ fidei possessorem, id est: eum, qui sciens tignum alienum ædibus suis junxit, ad exhibendum agi posse, ergo falsum est, quod *textus* hic asserit, nimis mirum ad exhibendum agi non posse *Be.* ex *l. 1. §. ult. ff. de tigno juncto*. Ubi dicitur, contra malæ fidei possessorem ad

C c 2 exhiben-

exhibendum dari actionem, non quasi possideat; sed quasi dolo malo scierit, quo minus possideat, dum tignum alienum adibus junxit; paria autem sunt dolo possidere, & dolo desisse possidere. *l. 150. ff. de R. J.* Ex quo proinde infero, hanc actionem ad exhibendum concedi, non ad tignum, sive rem ipsam; sed ad estimationem tigni ablati recipiendam: ratio, quia is, qui convenitur eo nomine, quod dolo desierit possidere, non ad rem ipsam exhibendam vel restituendam, sed ad pretium, & estimationem rei condemnatur. *Manc. n. 20.*

Porrò, & alio remedio domino materiz, sive tigni adversus jungentem consultum est, nimirum ex eadem *l. 22. Tabb.* actio ei data est de tigno juncto in duplum: ut si tignum, sive materia valeat 100, jungens condemnatur in 200 *sex.* *Sic. & l. 7. §. 10. ff. de A. R. D.* hujusque ratio est, ut dominum compensetur id, quod interest ipsius, quod tigno, & materia sua sine facto suo carere debeat; siquidem & aliud id, quod interest, duplo taxari solet, *l. 43. §. 44. ff. de auct. empt. l. 25. Cod. de auct. Harp. n. 11.*

Dices: si contra male si lei possessionem actio in duplum datur, frustra actio ad exhibendum, & rei vindicatio contra ipsum conceduntur; nullus enim ita hebes erit, ut simplum persequatur, si duplum hibet persequendi potestatem. *¶* Si quis non poenam, sed rei estimationem velit consequi, hactenus poterit ad exhibendum, & rei vindicatione agere; nemo enim prohibendus est, temperantius agere. *Manc. num. 29.*

47 Q. IX. An a<sup>ctio</sup>ne dupli, etiam bona fide jungenti alienam tignum; vel tantum male fide; injunctum tenetur? Circa intricatum, ob diversos Juris textus, hanc

questionem solent DD. figurare casus. I. est, si quis furatus sit, vel sciens tignum alienum esse, illud adibus suis junxerit. *l. 1.* si quis tignum furti um ignorans furatum, & alienum esse, bonâ fide junxerit. *III.* si quis alienum, non furtivum bonâ fide junxerit. Quod in *l. & II.* casu adversus jungentem actio in duplum competat, omnes admittunt.

*Difficilioris* cardo in *III.* duntaxat casu totatur, in quo actionem solummodo in simplum, non vero duplum dari existimant. Ita quoque sentit *Zanf. ff. b. t. num. 49. Movetur. l. Juri non convenit, ut is, qui delictis caret, puniatur; sed bonâ fide jungens delictis caret; ergo puniri non debet. Movetur. l. II.* absurdum est, bonæ fidei edificatorem non esse melioris conditionis, quam male fidei edificatorem: sed in nostra sententia bonæ fidei possessor, sive edificator non est melioris conditionis, quam male fidei talis, qui hic, & alter dupli actione impeteretur, ergo: *Movetur III. per l. qui ret. 93. §. su. ff. de solut. ubi in hoc rescribitur: denique Len. XII. Tabularum, tignum, adibus junctum, vindicari posse, sed materiam ad solvi, id est, deservi prohibuit, pretiumque eius dari voluit, sed pretium simplex, & non duplum rei estimationem significat. Movetur IV per l. 63. ff. de donat. ur. §. uxorem, ex cuius sine colligi posse videtur, neminem hac actione in duplum tenere, excepto fure; nam JCeus in *l. 63.* ex eo, quod tignum non fuerit furatum, intulit, actionem in duplum locum non habere; adeoque ex isto textu evinci posse videtur, actionem de tigno juncto in duplum tantummodo dari adversus furem. Verba tenus hæc sunt: sed in hoc: solum agi potest, ut vindicatio, solvatur re, competat nihil in duplum, in quæstum furatum est, quod sciens dominus,*

*minus, inclusum est. Movetur V. ac I. 1. ff. de signo juncto. ubi dicitur ex Leg. XII. Tabul. constitutum esse, ut de tigno furtivo actio dupli in furem accommodetur; ergo si tignum non est furtivum, illa actio dupli accommodari non debet. Hoc argumentum a contrario sensu est desumptum; quod in jure nostro frequentissimum, & fortissimum est, L. 1. ff. de pact. datat.*

Quamvis hæc Argumenta speciosa esse videantur, suæque non destituta sint mole, verior tamen, Jurique conformior est Sententia, quæ docet, actionem dupli adversus quemque possessorem, sive bonæ sive malæ fidei tignum alienum jungentem, dari. Ita docent Harp. n. 13. Hym. ad Treult. vol. 2. disp. 18. ib. 16. q. 31. & ibi Buchov. Schamb. luc. Ludovell. n. 2. hic. v. de etiam Glæst. Jurisprud. terrib. rom. 1. p. 2. c. 2. §. 1.

Pro hac Sententia facit I. quod noster §. 29. generaliter, & indistincte sanxit, tignum durante ædificio Leg. XII. Tabul. vindicari non posse, sed dari contra jungentem actionem in duplum; ergo cum noster §. 29. non distinguat inter bonæ & malæ fidei ædificatorem, nos etiam distinguere non oportet. Facit II. idem §. 29. sub finem his verbis: *quod si ædificium durante sit, poterit masterio dominus si nondum fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, ad exhibendum agere, ergo a contrario, si duplum sit consecutus, actio cessat, quia tunc damnum datur, si duplum non est consecutus. Planè, ista verba de malæ fidei jungente intelligi non possunt, quia licet dominus ab eo duplum acceperit, post dirutum tamen ædificium adhuc habet rei vindicationem, & ad exhibendum actionem, L. 1. Et 2. ff. de sign. juncto. Ludov. d. loc. Et Harp. num. 16. Facit*

III. I. in rem 23. §. 6. ff. de R. V. ubi dicitur, *Tignum alienum, adibus junctum nec vendi, nec eo nomine ad exhibendum agi posse* NB. *Nisi adversus eum, qui, sciens alienum junxis, sed datur actio de tigno juncto in duplum* Ille textus valde robustus est; sic enim eundem explicio: prima verba textus extra omne dubium sunt referenda ad bonæ fidei possessorem, quia alias exceptio, *nisi adversus eum, Et c.* otiosa esset, si malæ fidei jungens in prioribus verbis includeretur. Ultima vero verba iterum ad bonæ fidei jungentem spectant, quia particula *sed* est adversativa; ergo debet ad illa verba referri, quibus adversatur, & opponitur: atqui adversatur, & opponitur primis verbis, quæ bonæ fidei jungentem involvunt, ita, ut sensus sit, tignum alienum, adibus junctum, nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum adversus bonæ fidei jungentem agi potest; sed datur actio de tigno juncto in duplum. Aliiter explicat Harp. numero 14. & ait, quod sit iste sensus legis: licet adversus malæ fidei possessorem tantum, non autem adversus bonæ fidei possessorem rei vindicationem & ad exhibendum actionem intentare valeamus; dupli tamen actione contra hunc nos experiri posse.

Facit IV. I. gemina 6. ff. de exhib. In qua habetur, quod de tigno juncto ad exhibendum agi non possit, sed datur actio in duplum. En rebellis & inclinat peritæ caput. Ille textus de malæ fidei jungentes nequaquam potest intelligi; sed debet intelligi de bonæ fidei jungente, quia adversus eum, qui sciens, id est malæ fidei junxit, ad exhibendum agi potest d. l. 23 §. 6. Schamb. loc. cit.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, ad I. enim *neg. suppos.* quod puniatur; magis enim tractatur, quam summo Juri convenit. Si enim rigor

juris in hoc casu observaretur, ac restituendum signum conveniri posse, licet cum gravissimo, & fere intolerabili damno id faceret, cum scilicet domum rescindere, ac resolvere deberet, quando ergo, calculando duplum hoc damnum evitat, non tam muldatur, quam beneficio afficitur. Aliiter *§. 1. Tab.* & ait, quod alterum simplex non addatur per modum pœne, sed compensationis, à lege introductæ, eo quod alter dominus cogatur invitare se sua carere. *Accedit*, quod licet quis bonâ fide jungat alienum signum, non tamen videatur omni culpa vacare, cum quemlibet optimum debeat diligenter in rei conditionem inquirere. *Hoip. n. 22.*

Ad II. *§. 2.* mala fide jungentem non esse ejusdem conditionis, sed deterioris, quia mala fide jungens, præter actionem hanc in duplum, tene ut etiam actione ad exhibendum, *d. l. 23. §. 6.* Non quidem ut signum exhibeatur, cum id *Lex XII. Tabul.* inhibet; sed, ut æstimation præstetur, & sic tenetur in tripulum; quæ solutio confirmatur per *l. 1. §. fin. & l. 2. ff. de sign. junct. Schulh. loc. cit.*

Ad III. & fortissimè *§. I.* quod aliquis iam *l. 98. §. fin.* intelligant de eo casu, quo quis signum alienum, non furtivum, sedibus junxit, adeo hæc actionem in duplum non dari tunc, si quis bona fide signum alienum non tam furtivum, sedibus junxit, sed actionem dimittat tampli locum habere. Quod si verò quis bonâ fide signum furtivum sedibus junxit, licet cum habere nostram latentem, & per consequens actionem in duplum, & de isto casu nostra fundamenta facere. *Bravum. in l. 1. §. 2. ff. de sign. junct.* Verùm suprà jam me expedit, ac ostendi, textus generaliter & inabstractè loqui, nec licet differenciam,

aut distinctionem in illa lege inter bonâ fide jungentem signum furtivum, & signum alienum non furtivum; proinde, rejectâ hac responsione, utpote divinatoria, & juris authoritate penitus destituta, de sua prospiciendum est. Quare *§. II. d. l. 98. §. fin. ff. de solut.* in qua adversarij Achi. lam ponunt, loqui de malâ fide non autem bonâ fide jungente. Patet hoc exinde, quod bi dicitur ex *Leg. XII. Tabul.* vindicari posse. Jam verò *Lex XII. Tab.* signum a bona fide jungente non vindicatur, sed solum a malâ fide jungente. *l. 1. §. 2. l. 2. ff. de sign. junct.* Itaque sensus legis est, præter actionem dupli malâ fide jungens rei vindicatione impetiri potest, non quidem de suo signo, sed de præstata æstimatione; & hoc indicant illi verba: *pretiumque ejus dari volumus*; ut ostendatur, præter actionem dupli, quæ ex alijs legibus conceditur, dari actionem in simplex, ut si criminari eveniat. *Hon. ad Treutl. ac. cit. §. ad l. §. III.* Pretium ibi non simplex, sed duplum æstimationem designare, utpote, ut eam in jure nostro pretium, licet duplitum sit, adhuc pretium dici *l. 90. ff. de furt. §. hanc. loc. cit.*

Ad IV. *§. l. 63.* Non obitare, quis maritus ex voluntate uxoris egulum ius sedibus junxit; cum verò, qui voluntate domini, eundem junxit, in duplum conveniri non posse, nos æquè faciemus, quia, qui scit, & concitat, non videtur fraudari. Deinde lex potius nostram sententiam confirmat, quam infirmat, nam in illa lege sic dicitur: ad dupli præstationem obligatur, qui, sciente, & patiente domino, adulteravit; ergo a contrario, qui non sciente domino signum junxit, in duplum tenetur. *S. hanc. loc. cit. n. fin.*

Ad V. dico: argumentum à contrariis locum non habere, si sit contra expressos

Juris textos. *Harp. n. 19.* Aliter obinet de Jure austriaco: *Nem. Sax. und Ord. marg. de Jurib. incorp. tit. 19 § 3.* his verbis: *Wann, einer. &c. v. e.* Si quis in proprio solo ex aliena materia edificaverit, sine id deliberato scienterque factum fuerit, sine non, si non tenetur ad jussum diruere, quo materia à viro domini vendicari queat; verum, bona fidei adificator materia estimationem praestabit, ac restituet domini omni edificiis. Sed contra eum qui sciam alienam materiam solo suo inadificaverit, poterit materia domini agere ad praestationem estimationis & eius quod interit ob violatum dominium, sed & cum materia furto aut vi erit ablati, dabitur conditio furtiva, nec non actio vi bonorum raptorum aut furti actio.

### §. EX DIVERSO.

Hic tenet de eo casu, quo quis in solo proprio ex aliena materia edificavit. Nunc vero de eo casu, quo quis ex sua materia in alieno solo edificavit: & isti casus quoad ædificium convenit cum priori, ædificium enim cedit tamquam accessorium loci domino: ratio est eadem, quia quicquid solo inædificatur, solo cedit. Hic adeo verum est, ut ædificium solo cedat licet quis supra arrieteam alterius ædificaverit. *l. si supra 28 ff. de A. R. D. Manz. n. 10. 3.*

50 Q. An in hoc casu, quo quis ex sua materia in alieno solo edificat, materia domini dominum, & proprietatem materia amittat. Dixit, quod non, quia in casu, quo quis in solo ex aliena materia ædificat, dominus materiae eius dominum, & proprietatem non amittit, nulla facta distinctione, vel differentia inter scienter & ignoranter ædificantem: ergo idem in nostro casu statuendum. n. tamem, hoc non obstante, cum distinctione, an bona, an mala fide in alieno solo

quis ædificaverit. Si bona, nesciens solum esse alienum, ædificet, tunc habet exceptionem doli mali adversus dominum, petentem ædificium, si materiam æstimat onem, & impensas factas suiverere recusat. *Schneid. it. 8. Schamb. hic. concordat Comp. Auf. loc. cit. § 2 Wann, aber einer &c. i. e.* Ubi autem aliquis errore edificavit in solo quod nesciebat esse alienum, aut quod bona fide possidebat: tunc quidem ædificii dominum competit domino soli, ædificanti tamen expensæ æstimatioque materia pro sua possessione facienda praestanda sunt.

Si mala fide in alieno fundo quis ædificaverit, amittit dominium, & proprietatem materiae suae: ratio, quia voluntas ejus materia intelligitur alienata, & domino soli donata. *arg. l. 2. Cod. de R. V.* cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati, dominio est, *l. 53 ff. de R. J.* praesumptio autem donationis in eo fundatur, quia dominus materiae scire debuisse, quod materia aliena, solo imposita, solo cedat; cum ergo materia nihilominus alieno fundo conjungat, utique, donandi animo id facere iudicatur. *Adm. n. 17.*

Hæc admodum vera sunt, ut mala fide in alieno solo ædificans, neque diruto, & collapsò ædificio, materiam vindicare possit, §. 30. *Inst. hic.* Non Obstat, *l. 2. Cod. de R. V.* ubi dicitur: Cùm quis in alieno edificatum est, si fuerit dissolutum, materiam ad proximam dominum reverti, sine bona fide, sine mala fide edificaverit. Ecce hæc loci diuino adversatur nostro §. in quo dicitur, mala fide ædificantem, nec dissolutò ædificio materiam vindicare posse. Varii variè istos duos Textus conciliant. *Harp. n. 4.* hoc sic scribit, quod *d. l. 2.* loquatur de eo casu, quo quis ex aliena materia in alieno fundo ædificavit, ut tunc, soluto ædificio, materia

materia ad pristinum dominum revertatur. *Textus* enim aliquid tunc materia ad pristinum dominum reuertitur, si non donandi animo, sed ut aliena solo impensum fuerit. Jam vero in casu, quo quis ex alienatione edificat, animo donandi officium solo alieno non imponitur; quia ædificans non potest præsumi animo donandi materiam alterius fundo imposuisse, cum alienam materiam alteri donare non possit. II. Reconciliatio est, quod L. 2. loquatur de eo casu, si quis, ex propria materia in alieno fundo edificans, per testes probare possit, se, non animo donandi, fecisse, ut, hac probatione posita, dominium materie non amittat. *Facit* L. 1. *sep.* 55. ubi plures resolutiones adducit. *Manz* n. 1. III. Reconciliatio est, quod noster §. sit intelligendus de rigore juris d. L. 2. vero de æquitate; ut prout de inspecta æquitate, malæ fidei ædificans in fundo alieno, post dissolutum ædificium, materiam suam vindicare possit. *Schomb.* §. 3. *Manz* num. 12. Rursum, ne peritor ex aliena materia lucrum faciat,

Porro, cum frequenter contingat, in rem alienam *impensum* fieri, & earum deducendarum ergo lites suboriri, ideò de impensis aliquid inferendum. *Impensæ* system alie sunt *necessariæ*, alie *utiles*, alie *voluptariæ*. *Necessariæ* sunt, quibus omisit, res vel perierit, vel deterior facta fuisset, v. g. si quis riuus *medes refecerit, sulchoris, &c.*

*Utiles*, quæ factæ rem meliorem faciunt, omisit autem rem deteriorem non fecerint, v. g. Vineta facere, Prælia ultra id, quod necesse fuit, stercoreare, Lapidinas fodere.

*Voluptariæ*, quæ nullam habent *Vitularia, Aquæ salientes, Præturæ, necessitatem impendendi, & factæ rem ornant, fructum non augent, v. g. Incrustationes, &c.* sequitur

### *Assertio I. Impensæ necessariæ tenentur*

bonæ, quàm malæ fidei possessor servas, & deducit, donec impensarum nomine sitisbat. *Ratio* I. quia habet exceptionem doli, cum ei dolus obijci non possit, qui rem, alias perituram, servavit. Secundo, nemo debet petere alterius jactura locupletari. *Zoeff.* ff. h. t. n. 53.

*Obj.* I. I. *Cod. de infant exp. lit.* ubi dicitur, quod fur, qui partum furtivum sustulit, alunt, & educavit, sumptus alimentorum, quos esse necessarios ad vitam sustentandam, constitit, recuperare à vendente partum non possit; ergo saltem fur, & prædo necessarias impensas non deducit. *Æ.* quod idem fur in alio casu impensas necessarias non dedit, quia singulari ejus utilitate constitutum est, cum hominem furvus sit, quod furtum deterius sit auctoris; ergo non eodem jure gaudeat, qui alii malæ fidei possideret. *Ita Harp.* §. 10. t. n.

*Obj.* II. L. 27 *si olivum* 25 ff. ad L. *Aquil.* ubi dicitur, quod quis impensas ad colligendas olivas vel segetes mala fide fecerit, nullamque repetitionem habeat, quia Juris interpretatione, animo donandi fuisse, præsumitur. *Æ.* quod istæ impensæ in ipsum furtum sint factæ, ideòque restitui non debeant, quia iniquum videtur, atque in delinquendo sumptibus alienis juvari. II. Tunc deum impensas necessarias à malæ fidei possessore repeti posse, quando rem, in quam impendit, possidet, qui enim non possidet, donasse censetur. *Ita Harp.* h. t. n. 25. rationem differentie assignat, *Zoeff.* loc. cit. n. 55. quia is, qui rem alienam possidet, non præsumitur, animo donandi impensas necessarias fecisse, secus is, qui non possidet.

*Obj.* III. Qui mala fide in alieno fundo ædificat, non habet repetitionem materiam, quia animo donandi fecisse intelligitur,

gitur, & scire debuisset, quod alter us  
solum affluere, eisdem domino cedere;  
ergo etiam, qui in rem alienam impen-  
sas facit, tam habet repetitionem, qua  
summo donandi scitille intelligitur, &  
scire debuit, quod accessionum cedat  
principali. R. *Comm. ante, neg. co. seq.*  
& *parat.* disparitas est, quod & fidei  
mala fidei in alieno solo ideo materiam  
non repetat, quia nulla necessitate, &  
nullo jure cogente materiam alieno solo  
imposuit. Qui vero ruinam aedes fulent,  
re ex, ac reparat, in aliqua motus ne-  
cessitate est, rei scilicet alterius tenendæ,  
adeoque cessat præsumptio, animo do-  
nandi impensas fecisse, cum nullus in  
necessitate liberalis existat. *Harp. n. 29.*  
*hic & hæc de impensis necessariis.*

Circa *impensas utiles* separandum est bo-  
næ fidei possessor a malæ fidei possessor-  
e. Possessor bonæ fidei impensas utiles  
in tribus duntaxat casibus deducit. I. Si  
dominus dives sit, nec propter impen-  
sas, ab illo factas, cogatur ædificium,  
solvendarum expensarum causa, ven-  
dere. Nam si rei dominus pauper sit,  
nec habeat, unde impensas solvat, tunc  
bonæ fidei possessor impensas utiles tol-  
lit, si separationem sine rei detrimento  
patiamur; non vero deducit.

II. Si res venalis proster, siue domi-  
nus illam venditurus est, omnes impen-  
sas utiles bonæ fidei possessor deducit.

III. Si dominus eas impensas ipse fa-  
cturus fuisset, vel ejus voluntate factæ  
sunt. Ita *Zanf. ff. de r. e. num. 57. Harp. n.*  
*30. 4. hic Glette sol. 3. an. q. 2. q. 18. n.*  
*5.* Extra istos casus utiles impensas non  
deducit; tollere tamen potest, si sine  
læsione id fieri possit. Si dominus rei pa-  
uper sit impensas util. & solvere æstima-  
tionem tenetur recipere, ne malitus ho-  
stium in succedat. *Zanf. hic et n. 57.*

Q. *Animo uti possit impensas uti*  
*Res ad bipartita.*

*les etiam deducit? Observa; deducere im-*  
*pensas est potestatem rem tam diu reti-*  
*nendi, donec impensarum nomine satis-*  
*fiat Tollere est potestatem retinendi,*  
*& amovendi, si modo sine re, cui ac-*  
*cesserunt, dispendio, atque læsione tolli*  
*queant, Harp. n. 42. Jam & malæ fidei*  
*possessor impensas utiles deducere*  
*non posse. Ita Ha p. n. 31. Glette hic. et.*  
*Prob. per apert. tract. l. 5. Cod. de R. V.*  
*ubi dicitur Cum male fidei possessor immo-*  
*quod in rem alienam impendit, nullum ha-*  
*beat repetitionem; nisi necessarios sumptus*  
*fecerit, si utiles fuerit; sunt læsione rei*  
*statim auferre potest.*

Confirm. deducere est potestas rem tam  
diu retinendi, donec impensæ satisfacian-  
tur; sed hæc potestatem malæ fidei pos-  
sessor non habet; ergo non ducit utili-  
tes impensas. *Atin prob. si r. in rei vere*  
*posset, deberet rem vindicanti posse ex-*  
*ceptionem opponere; sed hæc in n. pos-*  
*tell. opponere, quia a vindicante repli-*  
*catione repelli potest, quod tunc, ac*  
*perperam in alieno fundo ædificaverit,*  
*cum scire debuisset, solo affluere solo ce-*  
*dere. Harp. num. 31.*

Obj. l. 38. ff. de hered. petiti. ubi dici-  
tur: *Item fidei possessor necessarius, &*  
*utiles impensas deducit, non etiam mala fi-*  
*dei possessor, sed beneficium est, in lujus*  
*quoque persona habere rationem impensa-*  
*rum, non enim debet petere ex alieno*  
*domino lucrum facere. R. Quod illa L.*  
*loquatur in judicio universalis, ubi totæ*  
*hereditas petitur; non autem agimus in*  
*judicio particulari. Aliter R. Harp. n.*  
*38 § 30 b 1.*

Malæ fidei possessor, licet impensas  
utiles non deducat, eas tamen tollere  
potest, cummodo id sine læsione rei sa-  
tere possit, lucrumne inde ferat,  
nec dominus æstimationem ulti offerat.  
*Ita p. b. t. n. 4. Glette loc. cit. n. 7.*



Porro, circa impensas voluptuarias iterum sejuuandus est possessor bonæ fidei a malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor impensas voluptuarias deducit, si res venalis profuit, aut ipse dominus eas fecisset. Extra istos casus tollit, si separationem patitur. *Glessle d. loc. Zoef. n. 60.* Malæ fidei possessor impensas voluptuarias nunquam deducit; si tamen abradi, ac tolli possunt absque rei læsione, atque detrimento, eas ex æquitate tollit, præsertim, si conjectura quædam auium donandi reddat.

### §. SI TITIVS 32.

- 53 XII. Dominii acquirendi modus est *implantatio*. Nam, si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipse erit iure soli; & ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit. Quod est verum, si planta radices ibi egerit; antequam enim radices ibi egerit, manet illius, cuius fuit. *sent. hoc. Schneid. numer. 1.* Unde veteris antiqui:

*Quidquid plantatur, feritur vel indurificatur;*

*Omne solo cedit, radices si tamen egerit.*

Ratio autem, quare planta solo cedat est hæc: quia, si ædificia solo cedunt ex eo, quod ab eo, tanquam suo subiecto, sustentantur; multo magis plantæ cedere debent solo, quæ non tantum in terra sustentantur, sed ex ea alimenta quoque accipiunt, & quasi vitam hauriunt, ut crescant. *Manz n. 4. R. v. de. n. do.* cur radices debuerit egisse? est ista, quia antequam radices egerit, nondum pars soli facta est, cum quo nullum cohesit, & coaluit. *Harp. n. 3. concordat N. Oe. neue Satz-und Ordnung de Jurib. in. v. p. tit. 13 §. 6. §. 7.*

Idem procedunt, si quis bonæ, si ve-

ma a fide plantaverit in alieno solo, naturale enim est, ut accessorium sequatur suum principale. *Manz. n. 8.*

*Dices:* Iniquum est aliquem cum alterius pæctura locupletari, præsertim malæ fidei possessorem, cum nemo ex sua improbitate lucrum sperare debeat; ergo debet domino plantæ concedi aliquod remedium, quæ suæ indemnitati possit consulere, & omnino ipsi concedi remedium, vel enim planta radices egerit, vel non? si non, domino plantæ datur rei vindicatio, qua plantam repetit. *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* Si radices egerit, & coaluit, tunc habet actionem in factum, ut æliminationem, aut intervellæ consequatur. *Harp. §. Manz. hic.*

*Q. Si arbor, seu planta, radicibus seu vel aflu, rursus eritatur, poterit tunc prior dominus eam vindicare?* R. quod non; ratio, quia per alimenta alia aliam quasi vitam accepisse, videtur. *l. 26. §. 1. ff. h. s.* Non refragatur *§. cum in suo. 29. h. s.* *§. l. 7. §. 10. ff. eod.* ubi materia sive tignum alienum, ex quo in solo alterius domus ædificata fuit, licet interim durante ædificio vindicari non possit, eo tamen durato, ad priorem dominum materia cedit, ut is, eam vindicare possit. Item habetur in *l. 23 §. Item quæcumque. ff. de R. V.* ubi accessio, a re principali separata, ad priorem dominum reuertitur. Non (inquam) adversatur; etenim accessio materia, alieno ædificio juncta, licet dux coherere; a potiori tamen parte taliter trahitur, ut tamen eadem semper maneat, nec penitus extinguatur, quæ causa est, ut post separationem ad priorem dominum redeat. Arbor autem vel planta, quæ alieno solo coaluit, non ea est: creditur, quæ prius erat, sed alia, & quidem propter alimentum, ex alieno solo attracta. *Harp. hic. num. 9. §. 10. Manz. num. 9. §. 10.*

## AD VERS ADEO AUTEM.

54 Ex hoc v. colligit, quod si arbor, in meo solo posita, ita prenat terram Titii, id est, ita adhæreat, immixtis radicibus, ut non abunde alitur, nec alibi consistere videatur, tunc arbor ratione radicu n. ex quibus vivit, Titii efficitur. *Schneid. n. ut 3* Ratio est in *Textu*, quia ratio non permittit, ut alter ut arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egerit.

Non premit *l. 6. § 2 ff. arbor furtim æsionis*, ubi habetur arborem ejus esse, in cujus fundo origo nata est, & non ejus, in cujus fundum radices propagatæ sunt. Etenim *Textus* loquitur de eo casu, quo arbor, in fundo vicini posita, ita omnes radices in meum fundum egit, ut non abunde ali, nec alibi consistere videatur.

Quod si vero tantum aliquot radices in fundum meum porrigat, nihil juris mihi acquiritur; sed ejus manet, in cujus fundo origo ejus nata est, *d. l. 6. § 2. Ludo. Inst. hoc non. 6.*

Quod si demque arbor quædam in confinio duorum fundorum posita sit, & in utrumque fundum æqualiter radices agat, tunc communis fit, ita, ut fructus dividi debeant, *text. hoc. Martz. n. 27.*

## §. QUÆ RATIONE. 32.

55 XIII. Domini acquirendi modus est *Satio*. Unde, si agrum alienum meo semine c. nsererim, eius est leges, cujus est ipsum solum, quia sata cedunt solo; sicut ædificium, & planta, juxta prior *§. 2. egatos versus: quumquid plantatur* *Ecce & d. huc! hic.*

AD VERS. CÆTERUM.

Sed, numquid itaque, item sapit, ut,

si mittam colonum meum ad excellendum, & conferendum agrum meum; ipse autem per errorem alienum coarctet & conferat, mei seminis & culturæ jacturam facere, ipsum autem cum meo damno locupletari?

Ad hoc *R. Imperator*, sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo, in possessione continuo, dominus soli petat ædificium, eumque migrare jubeat, defendi potest per exceptionem doli mali. In ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consecit, aut plantam, vel arborem plantavit: laboris, & seminis sui, vel etiam arboris æstimationem. *Mart. num. 6. N. De. Satz-und Ordnung. loc. cit. §. 8.*

## §. L I T T E R A 33.

XIV. Modus acquirendi est *Scriptura*. 56 *ra*, sicut enim inædificata, inimplantata, & sata solo; ita & literæ chartæ membranis cedunt. Hinc si scripsero in charta tua, hæc scriptura tua est; potero tamen te petentem, priusquam mihi de scriptura satisfacies, per exceptionem doli mali repellere, utique si bona fide scripsero: si vero mala, de rigore juris non; de æquitate tamen hac exceptione gaudeo *Schamb.* Ne scilicet alter eum mea jactura locupletetur.

*Observe* autem! communiter *D. D.* velle, hujus §. decisionem per consuetudinem mutatam esse, secundum quam scriptura ordinarie multo pretiosior est charta; ut hodie potius dicendum sit, chartam scripturæ, quam e contra scripturam chartæ cedere, quod vel maxime procedet, si opus aliquod egregium scriptum, aut etiam literis æneis expressum sit. *Harp. num. 6. Schaub. hic.*

## §. SI QUIS. 34.

57 XV. Acquirendi modus domini est *Pictura*. Ubi *Q. non pictura tabula: an e contra tabula pictura cedere debeat?*

*Diversæ olim erant Sententia, alii enim picturam tabulae l. 23. §. 3. ff. de R. P. alii e contra tabulam picturae cedere, dicunt l. 9. §. 2. ff. h. t. Justinianum consuevit, ut tabula picturae cedat; non tamen simpliciter, sed considerato cuiusque valore, quod patet ex verbis: *videtur enim e contra picturam apellari, vel Paraphrasin in accessionem nullius tabulae cedere*; quod etiam in contrariis casu ridiculum esset.*

*Dicitur*: Cur non idem statuit Justinianus in scriptura; sed absolute dixit litteras cedere chartae? *R.* Disparitatem hunc esse, quia litterae tantum sunt accessiones operis, non ipsa in se, neque formae in charta mutant; Pictura vero non est simplex tabulae accessio, sed singulare aliquid operis, ut non amplius tabula, sed pictura, sive imago sit; ergo merito subiectum formae cadet. Verum, cum etiam pro domino tabulae suae stent rationes, ideo & picturae, & tabulae domino vindicatio ad potendum imaginem competit; cum hoc tamen discernimus, quod pictura directam tabulae vero domino non nisi usus competat.

*Quævis* ergo actor fuerit, ut alteri, quoad restitutionem, seu picturae, seu tabulae tenetur. l. 9. §. littera 1. ff. h. t. Quod si imago ista possideatur a tertio concurrente, utroque & vindicant, picturae tabulae domino præferri ius esse videtur. Si tabulae furto ablatae sint, palam est, utt qui dari actum in iure, utpote qui e datur ei, cuius interit rem per furtum substractam non esse, §. 13. *Inst. de obf. quæ ex delict. nasc. Schenck. Et Manz. hic.*

*Obstat l. 23. §. 3. ff. de R. P. ubi aperte scribitur, quod pictura indistincte cedat tabulae. Sed, licet aliqui hic vehementer ingenia sua torqueant, R. tamen procedere Textum, si tabula sit pretiosior. Franz. Inst. h. t. num. 116.*

## §. SI QVIS A NON DOMINO 35.

XVI. Domini acquirendi modus est 58

*Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide possidemus*. Quæ ipsa res ut luculentior reddatur familiare hoc exemplum esto: Ego bona fide fundum emi, vel ex donatione, aut alia quilibet iusta causa, vel uttulo accepit ab aliquo, quem credebam dominum esse, qui tamen non fuit. Jam

*Q. An ego istum fundum fructus factum domini?* Certum est, quod non licet enim venditor, & donator sui utali habiles ad transferendum dominium, tamen, quia nemo plus iuris in alium transtrahit potest, quam ipse habuit. l. 34. ff. de R. J. & quod quis non habet, alteri dari non potest, l. 120. ff. eod. ideo cum venditor ille, vel donator dominium non habuerit; neque in me transtrahere potuit. Jam ulterius

*Q. An verum dominum superveniens tunc fructum vindicare possit?* *R.* possit domino veniat ante completam usucapionem. *R.* non est alia, quam, quia dominum non retinuit. *Muz. num. 2. Et 3.* His præmissis in ordine ad nostrum §.

*Q. Si ex isto fundo fructum percepissim, utrum etiam verum dominum ad fructus possis agere, Et ego illos teneat restituere?* *R.* Imperator, quod non, additque istam rationem, quia naturali ratione placuit fructus, quos bonæ fides possessor percepit, ejus esse pro culpa, & cura. *Dand.* bonæ fides tantum tribuit, quantum veritas, l. 235. ff. de R. J. Hinc & illud communiter *boni possidentes, quoniam*



esse, vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit, legitime & sine dolo est consecutus; l. 109. ff. de V. S. Dico autem: vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit, siquidem non ex solum bona fide possidet, qui se a domino rem consecutum, exultat: sed & qui ab eo rem accepit, quem novit, dominum non esse; exultat tamen, alienandi Jus habere, v. g. ab eo, quem Tutorem esse, credidit. Mala fidei possessor ille dicitur, qui rem non esse ejus, a quo accepit, scivit, vel qui sciam rei alienæ, aut injustæ possessionis conscientiam habet. In dubio autem quis bona fide possidere præsumitur, cap. 47. de R. J. in 6. quilibet enim præsumitur bonus, donec probeatur malus. Huppius ibidem, tandem legitur

*Affertio II.* Fructus civiles adfinitus possessor tam malæ, quam bonæ Edei irrevocabiliter suos facit *Questio Vir consummata traditione Jreth. quest. q. 2. q. 19. n. 9.* ubi multos Theologos per hac sententiam allegat Ratio sola, sed solida est, quod fructus adfinitus sint alimentum, non rei alienæ, sed industriæ propriæ, sicut ergo fructus sequuntur rem, ex qua proveniunt, & ejus sunt, qui est dominus rei; ita fructus civiles adfinitus sequuntur industriam, ex qua proveniunt, & sunt ejus, qui author industriæ. Unde sua sponte sunt, si cum pecunia deposita, vel per furtum surrepta negotiatus sim, & lucrum tulerim, id ad me haud aliter pertinere, quam imaginem, quam alieno penicillo pinxi; ita tantum, ut ego teneat domino pecuniæ, vel penicilli ad interesse, si quod ostendere possit.

Non *Obstat*, quod nemo debeat ex re aliena discere, aut delicto proprio sentire commodum; nam mem nolle oportet, quod pecunia deposita, vel surrepta

non concurrat ad lucrum proxime, & formaliter, sed remote tantum, & materialiter: proxime enim lucrum provenit ex industria mea, a qua res aliena assumitur per modum nudi instrumenti. Hinc non directe & proxime ex delicto proprio reporto commodum; sed indirecte tantum & remote; proxime enim ex negotiatione lucrum percipio, quæ de se est honesta, licet præsupponat actum inhonestum. Itaque *Absurdum* non est, coquam, quæ nuper, acceptis pecuniis culmaris, ex illa fortunæ scyphum argenteum extrahit, scyphi domini- nam evasisse

*Affertio II.* Malæ fidei possessor ex reliquis fructibus quibuscumque nullos suos facit sive extant, sive consumpti sint; sed teneatur in utroque foro omnes una cum re restituere. Ita docent *Gletius loc. cit. n. 24. Manz. bu. num. 44. Schuerd. num. 8. Harp. n. 93. Zoes. ff. de A. R. D. n. 76. Franz. Inst. b. t. p. 2 § 1 c. n. 63.*

*Prob ex l. 22. Cod. de R. V. certum est, malæ fidei possessor omnes solere fructus cum ipsa re præpare, nemo enim debet ex delicto suo reportare lucrum In. o & fructus percipere nemo malæ fidei possessor tenetur restituere l. 5. Cod. de R. V. sibi enim imputare debet, quod rei alienæ se immiscuit, eam ex fide non gesserit Gletius n. 27. Auz. num. 46. Brunner. in d. l. § 3. h. v. h. Inst. b. t. in par.*

*Affertio III.* Bonæ fidei possessor omnes indistincte fructus suos facit, naturales, industriales, & civiles quoscumque. Ita re ipsa docent *Gletius loc. cit. num. 11. Franz. p. 2. Inst. b. t. Fach. l. 1. cap. 57. Harp. hic. num. 3 c. Schaub. hic. Fin. Inst. hic. Et se. 8. quest. lib. 1. q. 25.*

Et tandem de industrialibus nullus est, qui ambigat, text. hic. his verbis: *naturali ratione placuit fructus, quos percipit ejus esse pro curis & cultura. Zoes. ff. de*

*A. R. D. n. 63. Schamb. hic.* De civili-  
bus etiam non est, cur dubites, satis  
enim suffragatur *text. l. 34 ff. de usur.* &  
fructus civiles vel maxime sapientia natu-  
ram industrialium. *Schamb. hic. n. 5. Sed*  
60 *Q. X. bona fidei possessor etiam natu-  
rales fructus suos faciat.* Videtur nega-  
tive decidendum *l. per ff. 35 h. c.* ubi di-  
citur, quod bona fide possessor fructus  
suos faciat propter curam, & culturam;  
ergo naturales non acquirit, cum nulla  
cultura indigeant.

II. Per *text. valid ff. l. fructus 25. ff.  
de usur.* Ubi differte referuntur, quod  
bonae fidei possessor fructus naturales su-  
os non faciat.

III. Per *l. 48. §. 5. ff. de A. R. D.* ubi  
is, qui ancillam bona fide possidet, par-  
tum usufructu debet; sed partus est fru-  
ctus naturalis, ergo bonae fidei posses-  
sor fructus naturales non facit suos; ali-  
as usufructum non esset opus.

Verum *ip. natura* magis arripit, ei-  
que applaudunt, praeeter alios plurimos,  
supra ad *Affer. III.* recensiti non infumae  
notae AA.

*Prob. I. Rationes,* quia bona fides in-  
mum tribuit, quantum veritas, *l. 136 ff.  
de R. J.* sed verus dominus fructus na-  
turales facit suos; ergo etiam bonae fi-  
dei possessor.

*Prob. II. Per Affer. text. bona fidei 48.  
ff. de A. R. D.* ubi dicitur: *Bona fidei em-  
ptor non dubie, percipien. los fructus etiam  
ex aliena re, suis iustis factis, non tan-  
tum eos qui diligenter & opera eius pro-  
venerunt; sed omnes, quia, quod fructus  
attinet lo. n. dominus pro. est.* Sane quid il-  
lustrat isto textu asserti possit, non vi-  
deo: dicit enim, quod bonae fidei pos-  
sessor non industriales duntaxat fructus  
suos faciat, sed omnes: quae particula *sed*  
est oppositiva, atque fructibus industria-  
libus, non alii opponitur, quam natura-  
les ergo.

*Prob. III. Ex l. in promptu 28 ff. de  
usur.* In pecudum fructus etiam factus est, fi-  
cus lac, & pium, & lana, utique agni, &  
be ti, & visuli statim p'eno iure sunt bona  
fidei possessoris, & fructuariorum, sed isti fru-  
ctus sunt naturales; ergo.

*Argumenta contraria facili labore di-  
luntur.*

Ad I. R. quod cura, & cultura non  
sit adaequata ratio, cur bonae fidei pos-  
sessor fructus suos faciat, sed bona fides,  
subnixi iusto titulo, alias etiam male fi-  
dei possessor fructus in iustitiam suos fa-  
ceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R.  
est in promptu; in illo enim *textu* bonae  
fidei possessor comparatur uxori non a-  
daequate, sed tantum inadaequate, ut  
sen us sit: sicuti uxor in re donata fru-  
ctus naturales absolute suos non facit,  
ita bonae fidei possessor fructus non facit  
suos irrevocabiliter, quia videlicet ex-  
tantes tenent retinere; nisi eos trien-  
nio praescripserit, uti Paulo post *Affer. II.*  
dicemus. Ita *Schamb. hic.* Aliter R.  
*Gottle. ff. C. de D. Praez. luc. cit.*

Ad III. Negatur *Suppositum*, quod  
partus dicatur in fructu esse; §. 37.  
*In l. h. c.*

*Affer. IV.* possessor bonae fidei fru-  
ctus, ex re aliena perceptos, non facit  
suos irrevocabiliter, sed tenetur exstan-  
tes, sive naturales illi sint, sive industria-  
les, domino, rem suam evincenti, restitu-  
ere; nisi eos triennio praescripserit.  
*Gottle. lo. cit. n. 15. Vinn. lib. 1. §. 1. de  
quod cap. 26. Alar. num. 25. luc. Schamb.  
l. 1. h. c. Harp. num. 13.*

*Prob. Solidissime* (ut multos alios tex-  
tus sileam) ex *l. 22. Cod. de R. J.* his  
verbis: *Certum est, mala fidei possessor  
solere omnes fructus percipere, & praestare;  
bona fidei vero extantes, post autem huius  
confessionem universos. Ratio praeterea  
est,*

et si quia cessante causa cessat effectus, at-  
que causa, quod bonæ fidei possessor fructus suos faciat, est bona fides, ergo.

Non obstat, quod conjux donatarius fructus industriales irrevocabiliter suos faciat, l. 45 ff. de usur. ergo etiam bonæ fidei possessor. R enim neg. cruseq. Ratio Dissensientis est, quod in priori casu addit voluntas committit tibi et conjugi alterius, qui donavit. Et, tamen si ex illa ratione videatur concludendum, quod conjux donatarius etiam fructus naturales suos faciat, contra d. l. 45. Id tamen falsum est, quia ideo conjux donatarius fructus naturales non facit suos ex re donata; quoniam donatio, ex qua una pars fit locupletior & altera pauperior, inter conjuges prohibita est, tot. tit. ff. de donat. inter vir. & ux. si quis ex perceptione fructuum industrialiu, pars, cui donata est, non fit locupletior, ita, ut altera pars fiat pauperior; ergo non mirum, quod conjux donatarius fructus industriales suos faciat, naturales non etiam, Clariss. D. D. Franz. loc. cit. num. 97. Illud notandum, quod bonæ fidei possessor impensas, & labores, in fructibus industriales factos, deducat; ratio, quia fructus non sunt, nisi impensis deductis, §. 3. Inst. de Societ. l. 7 ff. solut. matr. Schumacher. luc. Atque. num. 29.

De et: Si bonæ fidei possessor fructus extantes tenetur restituere quomodo ergo verificatur, quod fructus suos faciat? R. Quod fructus suos facere, hunc effectum ponat, quod bonæ fidei possessor Jus utendi fruendi habet, & consumptus non tenetur restituere, prout statim asseremus; si vero suos non faceret, eos teneretur restituere, vel saltem eorum restitutionem, nam prescribere non potest, Ch. a. gen. jerg. q. 64. obj. 2. Inst. b. r. plures ab. r. d. auct. circa hanc Ass. IV. Melut. Gles. & Clariss. D. Franz. loc. cit.

Asserit V Possessor bonæ fidei fructum ante litem contestationem consumptos, irrevocabiliter suos facit. Ita cameron. ter D. D. Frok. J. ex §. 35. hic. his verbis: Et ideo, si posses dominum perveniret, & fructum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. II. Per l. 4. §. 2 ff. finium regund. ubi aperte sancitur, quod bonæ fidei possessor fructus lucratur, si eos consumpsit. III. Per l. 4. §. 19 ff. de usur. ubi fructus usurarios, & usurarios comparati videntur, ergo cum nihil apud fructus consumptos faciat irrevocabiliter bonæ fidei possessoris, idem operabatur consumptio, & quod hanc Per finium, aut nullus, aut pauci enim, qui dissentiant; sed

Q. XI. An bonæ fidei possessor fructum consumptos suos faciat, quatenus est factum locupletior? Vide Gessle, loc. cit. num. 17. Fach. l. 1 cap. 40 Harp. num. 66. Vinn. loc. cit. Zos. ff. de A. R. D. num. 73 Schumacher. n. 243. h. r. Mihi interea sufficit, d. l. 4. §. 2 ff. fin. regund. ubi dicitur, bonæ fidei possessorem lucrari fructus consumptos, atque in puerat, quod aliquis potest lucrum capere, nisi fiat locupletior; ergo.

Asserit VI Fructus, post litem contestationem perceptos, vel consumptos tenetur non tantum possessor malæ fidei, sed etiam bonæ fidei domino, rem suam evincens, restituere. Vinn. Inst. luc. Franz. Inst. b. r. p. 2. n. 100. Manz. n. 23.

Frob. I per d. l. 23. Cod. de R. V. ubi perspicue dicitur etiam a possessore bonæ fidei post litem contestatam fructus universos esse restituendos. II. Ex l. 25. §. 7. ff. de heret. petit. ubi Ulpianus ait, post litem contestationem possidiores omnes incipere esse malæ fidei; sed malæ fidei possessor tenetur fructus universos restituere, nisi sint civiles alium; ergo.

Asserit VII Et ultimus, Fructus, necdum

dum percipi, sed pendentes adhuc, Dominus, à quo unque possidere rem suam evincendi, sunt cessituen si. *Alanz. man. 15. Schneid. man. 5. Byn. jug. num. 8. luc.* Ratio, quia pars sequitur suum totum, atqui fructus pendentes sunt pars fundi, l. 44 ff. de R. V. ergò sequuntur fundum.

### §. IS VERO. 36.

In precedenti §. vidimus, quòd bonæ fidei possessor, qui videlicet rem alienam ex bona fide possedit, existimans, illam suam esse, fructus perceptos suos faciat, idque jure quasi domini & soli. Nunc

- 62 Q. *Utrum non etiam aliquando a qui sciens rebus alienis utitur, (v. g. usufructuarius) suos faciat?* & R. omnino nulla facta Differentia inter fructus naturales industriales, & civiles; quicquid enim in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest, ad usufructuariam pertinet, l. 9. ff. de usufr. cum hac tamen Differentia inter bonæ fidei possessorem, & usufructuariam, quòd bonæ fidei possessori fructus cedant, quomodocunque, & per quemcumque a solo separati fuerint, fructuarius autem non nisi ipsemet, vel alius ejus nomine illos a fundo separat, aut decerpserit, *text. luc. & in l. si ejus 78. ff. de R. V.*

### AD VERS. EADRM.

- 63 Quæ dicta sunt de Fructuario eadem ferè de Colonis quoque dicuntur: quemadmodum enim fructuarius omnes fructus tam naturales, quam industriales suos fecerit, non tantum consumptos, sed etiam extantes; ita quoque colonus, qui hortum, vineam, vel agrum conduxit, non tantum fructus industriales, sed naturales lucratur, nulla facta Differentia inter consumptos, & extantes. In eo tamen differt colonus, quòd jus omne
- Non ad injuriam.*

ad fructus etiam pendentes ad heredem transmittat; fructuarius non enim: ratio, quia Locatio & conditio est contractus, atqui contractus cessat utrumque ita ut, ut etiam includantur heredes. l. 13 Cod. de Contrah. Et committ. sup. usufructus vero non est contractus, sed jus personale, quod cum persona exp. rat. Unde inferes, si colonus, vel inquilinus prædium, vel ædes usque ad quinquennium conduxerit & ante quinquennium lapsum decesserit, heredem usque ad complementum quinquennii fructus omnes percipere, jureque eo uni gaudere, *Alanz. n. 13. Schamb. luc.*

### §. IN PECUUM 37.

Quandoquidem usufructus non in rebus, & fundis duntaxat constituitur, sed & in jumentis, & pecuibus, idè, si pecora in usufructum deducantur.

Q. *Quænam dicantur esse in pecuam fructus?* R. Imperator, in ea tantum licet pulvis, & laurus, sed etiam fenum in fructu esse. Itaque, si agn, boves, vaccæ, equuli & feni nascantur, sunt in naturali ratione ad bonæ fidei, vel usufructuarii spectat: ratio, quia necne fructuum omne id continetur, quod ita nascitur, ut renascatur. Partis ve à ancille in fructu non est; absurdum enim videbatur hominè in fructu esse, *text. luc.*

### §. SED SI GREGIS. 38.

Officium usufructuarii est, ut rem 64 cujus usumfructum habet, benè custodiatque, tamquam bonus paterfamilias utatur, unde, si usufructus ante fructus alicujus sive corporis concessus sit, tunc numerus in usufructum debet restitui debet, l. 69. ff. de usufr. v. q. habeo usum fructum gregis, in quo sunt centum oves, quorundam ex eis arietibus, vel senio, in aliis corporis vitiis.

E e in iur.



inutilibus suis alias ex natis restituere debet. *d. l. 69.* Modo tamen aliqua ex his natae fuerint: alioquin enim nullas substituere teneor, sicut nec quidquam, si res singulae in usum fructum datae sint. *l. 70. §. 3. de usufr. rationem Disparitatis inter casum hunc, & casum priorem dat Manz. hic.* quia, si grex per modum universalitatis in usumfructum datus sit, pereuntibus aliquibus, substantia adhuc semper durat. Substantia enim est grex & corpus ipsum, admittens augmentum, & decrementum, unde suppleri & conservari potest, si verò singularem usumfructum habeam, mortua una ove tota substantia perit, quae amplius suppleri nequit. *Schamb. hic.*

#### §. THESAURUS. 39.

**XVII.** Domini acquirendi modus est *Inventio & occupatio thesauri.* Thesaurus autem est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus memoria non extat, adeoque est depositio cuiuslibet rei mobilis, quae jam dominium non habet, sic enim fit ejus, qui invenit, quia non est alterius, *l. numquam 31 §. ff. h. t.* quasi Ictus diceret, quod nullus in bonis est, id naturali ratione occupanti conceditur. *Schneid. Inst. hic.*

*Idi* Dixi: *cujus memoria non extat.* Unde, si ex adjecta Syngrapha appareat deponente, illi, si vivit, vel ejus haeredi reddendus est. *Zosf. ff. h. t. n. 22.*

Item, si quis metus, vel custodiae causa condiderit aliquid sub terra, v. g. tempore belli pecunias suas conli lesit, & sepelierit, ut eas à rapacibus militum manibus conservaret, thesaurus non fit occupantis, *l. 15. ff. ad exhib.* quia dominus non ignoratur, ut cesset ratio occupationis. *Manz. num. 4. hic.* Denique, si quis vendat domum, & emittor reperiat pecuniam in muro, quam ipse venditor,

aut ejus parentes ibi recondiderunt, & per oblivionem fortè non reperierunt, non pertinet ea pecunia ad emptorem, sed venditori restituenda est, *l. 65. ff. de R. V. Ratio,* quia dominus non ignoratur. *Manz. num. 6. & Schneid. num. 4.* ubi notatu dignum casum refert, ex quo apparet, thesaurum non esse, si per oblivionem res ablata non fuerit.

Ex dictis patet, inventionem thesauri esse modum acquirendi dominium. Sed

*Q. An thesaurus inventum indistinctum sit 66*  
*inventoris?* Respondetur, quod non, res enim *Distinctionis* ope dirimenda venit hoc modo: vel reperitur thesaurus in *fundo proprio*, vel *alieno?* si reperitur in fundo proprio, tunc vel *medietate legitima*, vel illicitis; si prius, inventori cedit, quia thesaurus videtur esse pars loci, adeoque loci domino cedit. *Harp. num. 5.* si posterius, sileo vindicatur. *l. un. Cod. de thesaur.* Ratio, quia nemo ex suo delicto premium reportare debet: *Manz. n. 14.* concordat *Nemo N. Or Satz und Ordnung. de Jur. incorporal. §. 1. Es ist einem jeden &c. i. e. Licet unicuique in proprio fundo thesaurum investigare, vel aliud quid fodere absque tamen artibus magicis: quod autem erit inventum, id suum solus ipse faciet.*

Si in alieno fundo reperitur thesaurus, tunc vel *fortuito*, vel *data opera?* si fortuito, ex dimidia parte loci dominio, & ex dimidia inventori cedit. Et quidem loci dominio, ratione dominii, quod habet in rem; Inventori vero Jure inventionis, *text. hic. & in l. un. Cod. de thesaur. Schneid. num. 8. & Manz. num. 34.* Si data opera, tunc vel *licita*, vel *illicita?* si data opera licita, thesaurus totus domino cedit loci, quia nemini licet in alienus fundo scrutari. *d. l. un.*

Aliud de Jure Austria Inferioris obveniet loc. cit. §. 2. *Wann jemand l. &c. i. e. Si aliquis in solo fundove alieno thesaurum invenit*

inuito invenierit, vel sciente ac consentiente domino si natus fuerit: tunc thesauri tres sunt partes, quarum una inventori, altera jurisdictionem habenti, servus domino fundi cedit. Si vero nec consentiente domino scieris, nihil adparet; verum thesaurus ex divisa parte jurisdictionis domino, & ex divisa soli domino cedit.

Si data opera illicita, volunt aliqui, totum thesaurum fisco applicandum esse, ex eo, quia omnis thesaurus incantationibus, aut arte magica repletus, fisco applicatur, Schmed. n. 4. hic. Verum hæc opinio salvo tamen Schmedevvini, molus sententia judicio) dura videtur, & altera preplaceat, quæ hoc in casu dimidietatem fisco, alteram vero loci domino applicet; quia domino loci non est auspicandum beneficium fortunæ propter delictum Inventoris. Manz. n. 44. Ch'ingensf. 4. 46. ob. 1. n. 1. Aliæ de Constitutione Austria obtinet loc. cit. §. 3. Wann jemand &c. i. e. Si aliquis artibus magicis thesaurum, sive in proprio, sive in alieno loco investigaverit; quod inventum erit, ad camera principis vindicabitur, ac propter delictum pena à iudice decernetur.

67 Q. Ad quem pertinet Thesaurus, in loco publico, sacro, vel religioso repertus? R. Absque ulla difficultatis nota procedere, quod thesaurus, in loco publico casu inventus, pro dimidia parte pertinet ad Fiscum, pro dimidia vero ad Inventorem. Schmed. num. 9. data vero opera totum principi cedere. Clariss. D. Fungerswald. lib. 3. obs. 25.

In Archid. Doctu Austria ita obtinet loc. cit. §. 1. Hæc res aut &c. 2. e. quod etiam si intelligatur de thesauro qui in via publica, vel in loco qui in nullius potestatem duntaxat est, fortuito casu invenitur.

Sed vehementer iusto Conficitur inter D. D. ad quem pertinet thesaurus, in loco sacro, vel religioso repertus?

Text. §. nostri ita se habet, thesauros, quos quis in loco suo inveniet, Deus Hædringius, naturalem æquitate servatus, et concessit, qui eos invenierit, idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso, ob fortuito casu invenierit.

En' ex hoc text. habes, quod thesaurus inventus ex alicui cedat inventori; ratio, quia talis locus nullius esse censetur. Manz. num. 18. Contra text. in l. 3 §. pen. ff. de Jure Fisci sic dicitur sive in locis fiscalibus, vel publicis, religiosis, &c. aut monumentis thesauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars in his Fisco vendicetur. En' è diametro præterea sens. contrarium statuit iste textus, l. 3. §. pen. & non ex alicui inventori thesaurum tribuit. Hæc Pignus, t. de Hæp. num. 7. plerisque videtur inexticabilis, adeo, ut non erubescant contra præsumptum Justiniani in l. 1 §. 2. Cod. de Jure vet. evincend. Antononiam hic admittere, quæ pacto nullo conciliari possit, quæ opinionem, veluti recorderem, iniquè nante recipio, licet eidem quinque suffragetur Manz. num. 29. qui post VII. æ. in concordiam istorum text. comparationem allatas, statuit, Antononiam in Jure nostro reperiri. Ego cum Hæp. loc. cit. existimo, nihil, rotius pugnantie aut contrarietatis inter istos textus reperti, modo, iusta lance trutinemur. Dic proinde l. 3 §. pen. loqui de locis religiosis fiscalibus, in quibus thesaurus, fortuito repertus pro parte dimidia fisco, pro altera parte inventori cedit, ut ejus sit ista sententia: thesauri, in locis fiscalibus inventi pro media fisco vindicantur, sive loca fiscalia, in quibus inventus est, publica fuerint, sive religiosa, sive monumentis destinata, quia sacra est, ista loca esse fisci. Et nam etiam exaudiri debet constituto Frederici Imperatoris tit. lib. 56. 2. send. quod nimirum Fredericus Imperator

ratio loquitur non de thesauro, in quo-  
vis loco vel gesso invento; sed de illo  
thesauro, qui repertus est in loco religio-  
so sacrali, juxta d. l. 3. §. pen. *Textum* verò  
nostro §. loquitur de loco religioso suo, &  
proprio; quem quis sua voluntate, infer-  
re to mortui vitam efficere potest, &  
in tali loco thesaurus, à fundi domino  
reptus, ex asse, & in solidum ad in-  
ventorem pertinet.

*Docet* loci religiosi non datur pro-  
prietas, ergo noster §. de loco religioso  
suo, & proprio exaudiri non potest.  
Id nos non intelligere proprietatem loci  
religiosi dari, quoad dominium, sed  
duntaxat quoad usum: sic locum religio-  
si in proprium & suum habere dicitur,  
qui ejus usum pro se, & pro sua familia  
tenet, *Zoeff. ff. h. t. n. 42.*

*De Consuetudine Austrie* res aliter se  
habet, nimirum thesaurum in loco  
sacro, vel religioso repertum, totum  
cedere Præbato illius loci *Sittners M. S.*  
*l. lit. S. in Sch. itz. Clarff. D. Friedewald*  
*h. 3. observ. 26. num. 2. ubi judicatum*  
testatur in causa *Paulen Dinkel, und N.*  
*Prior, und Convent Prediger-Ordens an*  
*Wien.*

¶ *Controversitas*, cujus sit thesaurus in  
fundo feudali, vel emphyteutico repertus?

Sunt qui sustineant, pro media parte  
inventori pro altera domino loci cedere.  
Ita quoque docet, *Harp. hic. n. 21. Havn.*  
*war. resol. tra. l. 1. q. 37. Et ad Treutl. vol.*  
*pod. disp. 18. tit. 29. q. 16.*

*Movetur I.* Thesaurus in fundo alic-  
no repertus, pro dimidia parte cedit  
inventori, & pro altera dimidia loci do-  
mino; a quo thesaurus in fundo feudali  
vel emphyteutico repertus, dicitur re-  
pertus in fundo alieno, ergo.

*Movetur II.* Usufructuarius in fun-  
do, in usufructum concedo, thesau-  
rum repertum tantum; pro dimidia p. te

suum facit; ergo etiam emphyteuta, &  
vassallus tantum pro dimidia parte the-  
saurum, in fundo feudali, vel emphy-  
teutico repertum suum facit: sicut  
enim usufructuarius tantum habet domi-  
nium utile, ita & vassallus, & emphy-  
teuta tantum habent dominium utile.

His tamen nihil urgentibus, placet  
eorum dogma, qui thesaurum, in fun-  
do feudali, vel emphyteutico repertum,  
totum inventori vassallo, vel emphytea-  
ta tribuunt. Ita docet *Zoeff. ff. h. t. n. 27.*

Ratio unica, & fundamentalis est hæc,  
quia omne damnum, si forte ex insec-  
citate pars prædii lædatur, vel pereat,  
pertinet ad vassallum, & emphyteutam;  
ergo ad eosdem pertinebit commodum:  
qui enim sentit onus, sentiat, & com-  
modum.

*Accedit*, quòd vassallus, & emphy-  
teuta dicantur esse utiles domini, habe-  
antque utile dominium, ita, ut omne  
commodum ad eos pertineat & emolu-  
mentum, ergo etiam thesaurus, cum sit  
rei commodum.

*Ad Argumentum I. R. neg. min.* vassal-  
lus enim, & emphyteuta sunt utiles do-  
mini, ut thesaurus in fundo feudali, vel  
emphyteutico in alieno fundo repertus  
esse, dici non possit.

*Ad II. R. con. autem. neg. confeg.* vassal-  
lus enim, & emphyteuta jus longe plenius  
& potius habent quam usufructuarius.  
*Accedit*, quòd usufructuarius tantum id  
percipere possit, quod est in fructu; sed  
thesaurus non est in fructu, sed est in  
fructu esse dicitur, quod nascitur, &  
rependitur, thesaurus enim non nascitur,  
& rependitur; secus est in vassallo, qui  
non capit thesaurum, ut fructum, sed  
ut locum bene eum tamquam utilis domi-  
ni s. *Z. ff. h. t. tit.*

*I. ut, rocorum de* huius §. notandum,  
quòd si credatur in re hypothecata the-  
saurum

saum invenierit, med. un partem pro se retineat, & mediam debitori teneatur restituere: quod adeo procedit, ut nec, soluto debito, altera in medietatem debitori restituere teneatur; quia suam dimidiam non retinet, tanquam creditor, sed tanquam inventor, Jure scilicet inventionis. *Schazid. loc. cit.* Idem est, si thesaurus in fundo dotali à marito inventus fuerit, pro dimidia parte marito inventi, pro altera dimidia uxori cedat; merito quidem Jure inventionis, uxori Jure domini. *Zoef. ff. h. t. mun. 22. & 29. vide Fauslerwald. lib. 3. obs. 24.*

### §. PER TRADITIONEM. 49.

XVIII. Acquirendi domini modus est *Traditio*. Nihil enim tam conveniens est naturali sequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in aliam transferre, ratam haberi; estque vulgata regula: *Traditionibus, non nudis pactis transferuntur res non domini.*

Definitur traditio, quod sit *translatio domini*, si sequentia concurrant requirunt.

- 63 I. Ut tradens sit dominus rei rei erim, & traditio non est translativa domini, cum nemo plus Juris in alterum transferat, quam ipse habet, l. 45. ff. d. R. J.

Obj. Creditor pignus valde distrahit; & tamen non est dominus §. 1. *Inst. quib. alien. licet*, &c. Ergo non dominus per traditionem in alium non fert dominium. R. creditorem tunc denum valde adonare pignus, si fiat ex voluntate debitoris expressa, vel tacita. Expressa, si expressis verbis in alienationem pignoris consentit, tunc enim ipse debitor vendere videtur. Nihil autem refert, an ipse dominus per se tradat, an voluntate ejus, alius autem: sicut & per procura-

torem recte de visum transfertur, quod enim quis. facit per alium, ipse fecisse intelligitur. l. 72. ff. R. J. m. 6.

Tacita debitoris voluntate distractio pignoris procedit, si pacto solutionis, ad certum tempus factis hinc non fecit, l. 4. Cod. de pignorat. ad. *Har p. num. 6. hic.* Ratio, quia, si debitor moram trahat, pactoque non satisfaciat, in alienationem pignoris consentire videtur. *Zoef. ff. h. t. n. 83.*

II. Requiritur voluntas, & animus transferendi in tradente, & acquirendi in accipiente. Ex parte tradentis ratio est, quod nemo invito re sua privandus sit; ex parte accipientis, quia invito nihil acquiritur, nec beneficium datur. *Zoef. loc. cit. n. 86.*

III. Ut sit res corporalis, sicut enim res incorporeales proprie non possidentur. l. 4. §. 27. ff. de usucap. ita quoque proprie non traduntur, quia tactum effugiunt: nihilominus, quia potentia unius, & usus alterius in rebus incorporalibus loco traditionis habetur, l. 20. ff. de servit. idem, si quis patiat alterum uti Jure quodam, v. g. ire, agere, uti, frui, censetur ipsi quasi tradidisse Jus illud servitutis. *Manz. n. 11. hic.*

Res immobiles vere traditioni subiacent; in his enim inductio in rei possessionem vices traditionis sustinet. *Schneid. n. 2.*

IV. Ut sit res alienabilis, non prohibita alienari per possessorem vel legem. Sic traditio rei sacre, vel fideicommissarie nihil operatur, nihil enim actum videtur, quod sit lege prohibente. *Manz. n. 12.*

V. Ut traditio fiat ex iusta causa, habili ad transferendum dominium, qualis est emptio, venditio, dos, legatum, donatio, solutio, mutuum &c.; nunquam enim nuda traditio transfert dominium,

sed ita, si iusta causa precefferit. Hinc excluditur titulus *commodati*, *depositi*, *locati*, quæ non sunt causæ translativæ domini. *Harp. n. 23.*

- 70 Q. *An error circa consumpsit hanc translationem dominii?* fac v. g. quod ego tibi pecuniam quasi donaturus dem, tu quasi mutuam accipias. Cum utriusque negotium sit translativum domini, *Quasi* standi est, an tali casu res dominium transferatur? Circa hanc *Quæstionem*, promotorii instar, eminent duo innoces scopuli: unus est *l. si ego 18 ff. de R. C.* alter autem in *l. 36. ff. de A. R. D.*

Qui negans tali casu transferri dominium, producit, *d. l. si ego 18 ff. de R. C.* ubi in hæc verba describitur: Si ego pecuniam quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse, sed, an mutua sit videndum? Et puto; nec mutua esse magisque nummos accipientis non puto, cum alia opusione acceperit; quare si eis consumpsit, licet condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, qui secutudum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Ecce hoc in *textu* aperte negatur dominium transferri, dum ducit: magisque nummos accipientis non fieri.

Qui affirmans dominium transferri, stringunt *textum l. 36 ff. de A. R. D.* ubi dicitur ita se habere: cum in corpore quidem, quod traditur, consumitur, in causis vero immutatur, non animus dantis, cur non hoc sit traditum? et ut si ego crederem, me ex te pecuniam tibi obligatum esse, ut si tu non iam donando gratia, ut et me puto, ut si tu accipias, constet, propterea ad te transire, nec in augmento esse, quod cum consumimus dandi, et accipiendo deferemus. En hoc diametro sentitur hic *prædicti* contrarium, videlicet dominium non transferri, licet partes in causa disceptant.

Ego *l. hoc textu* ita movetur, ut dominium transferri, et si p. r. i. c. i. a. causa dissenserint, audacter in? neam. Ita docet *Class. D. Weller*, var. singulari cultus dignus, & promotor meus venerandus, *tract. de iur. pag. 116 n. 28 Et seq. Huus. var. res. pag. 382 q. 38 Et pag. 349 q. 19 Harp. loc. n. 23. Zuc. ff. h. n. num. 9. S. hamb. loc.*

*Mover II.* hac ratione, quia nihil tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem volentis rem suam ut alium transferri, ratam haberi, *text. hic.* sed in nostro casu habetur is voluntas, ergo.

*Mover III.* si aliquid obstat in nostro casu translationi domini, tunc obstat nullitas causæ; sed hæc non obstat, quia ad translationem domini non requiritur causa, valide subsistens, sed sufficit putativa; ergo hæc nullitas non obstat. *Minor prob.* ex eo, quia etiam, dum indebitum per errorem solvitur, transfertur dominium, licet vera causa non subsit sed tantum putativa: quod autem in solutione indebiti transfertur dominium, patet exinde, quia solventi applicatur conditio, cum alia rei vindicatio applicari deberet.

Ad *text. si ego. 18.* varii varie *Placet*, quod verbalia *d. l. si ego 18* magisque nummos accipientis non fieri, ita debeant accipi, quasi eorum nummorum proprietates ad accipientem non transferantur, sed quod perfecte, si irrevocabili non sunt accipientis, ita ut perpetuo penes accipientem manere sint, si quidem pecunia, quæ tanquam mutua, accepta est, licet accipientis sit, avocari tamen ab illo potest, si adhuc existat, per certam conditionem; si vero consumpta sit, tunc quidem adhuc ista conditio locum habet, sed per exceptionem doli non eliditur, quod scilicet pecunia secundum voluntatem dantis consumpta

sumpta sit: sic si dixeris, statuas, necesse est, in utroque textu verum dici, nimirum nummos accipientis, *d. l. 36.* & non fieri accipientis, *d. l. 18.* sed diverso respectu: nam sunt nummi accipientis, sed revocabiliter, quia condici possunt, non sunt accipientis, id est, perfecte, & irrevocabiliter. Ita *Huon. loc. cit.*

## §. VENDITÆ 41.

71. Dictum est in *superiori* §. per traditionem donum transferri, si iusti tradendi causa, & titulus habilis ad transferendum dominium subsit; hoc in §. exceptio subicitur. Nam licet emptio-venditio sit titulus habilis ad transferendum dominium, res tamen venditæ, & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si pretium exsolutum fuerit. Unde venditor, si rem tradidit, pretio nondum soluto, vindicare eam rursus potest, quod sæpe in concursu aliorum creditorum magis utilitas est, *l. 19. §. 8. ff. de a. n. emp. Harp. m. 15.*

*Limitatur I.* Nisi emptor alio modo venditori volenti satisfecerit. v. g. fideiussore, aut pignore ratione pretii dato, *text. hic.* Ratio, quia paria sunt pretium solvi, vel aliter satisfieri. Dixi *volenti*, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. *l. 2. §. 2. ff. de R. C.*

*Limitatur II.* Nisi venditor Emptori fidem de pretio habuerit (*wann er ihm geborget*), *text. hic.* & in *l. 19. ff. de contrah. empt.* quia fidem sequi, vel fidem de pretio habere, est quasi satis accipere. *Perr. inq. hic.* Fidem autem de pretio habuisse, præsumitur, cum venditor emptori solvendi terminum præscripsit, vel pecunia non accepta rem tolli passus est. *Muz. n. 6. Harp. n. 18.*

Solu, & fin, lex traditio ( si nulla prorsus pretii intentio facta sit ) fidem de pretio habuisse venditorem non facit:

ratio, quia fidei non sequi est quasi satis accipere, *d. l. 19.* sit electio autem, cum facti sit, non præsumitur. *arg. l. 10. Cod. de non numer. pecun. Schamb. hic. Harp. n. 18.*

## §. NIHIL AUTEM 42.

Jam *supra* in *l.* traditionis requisito diximus, nihil interesse, an dominus alicui rem tradiderit, an alius ejus nomine. *text. hic.*

## §. QUÆ RATIONE 43.

Ex *priori* § hic inferitur, quod si res alterius alicui traditæ sint à procuratore ejus habente mandatum vel speciale vel cum libera, accipientis sunt. Generale mandatum non sufficit, quia tale non tribuit facultatem alienandi. *Muz. n. 3.*

## §. INTERDUM 44.

Timet si regula sit, *Traditionibus, & Usurariis in rem dominia transferri. l. 20. Cod. de p. l.* Aliquando tamen etiam nudi voluntas à *l.* transferendum dominium sufficit, modo traditio aliqua ex causa non sufficiente ad dominii translationem præcesserit, v. g. depositi apud te, vel commodavi tibi pallium, postea ut illud titulo donationis, vel emptionis à me acquiras, non est opus pallium recipere, & iterum tibi tradere; sed sufficit, quod velim, & parari esse tuum *text. hic.* frustra enim sit per plura, quod potest fieri per pauciora.

Et hæc traditio per fictionem brevis 72 manus fieri dicitur; fingitur enim in dicto casu, ac si ego pallium recepissem, & denique tradidissem. *Schamb. hic.*

## §. ITEM SI QVIS 45.

Hic proponitur altera species fidei traditionis, nimirum clavium traditio, nam si quis merces suas in horreo repositas

res alteri vendiderit, simul atque claves horrei emptori tradiderit, tunc sicut dominum, & proprietatem in emptorem; fictio enim tantum operatur, quantum veritas text. *hic*.

- Enumerantur præterea plures fidei traditiones in Jure nostro, ut sunt primò *Instrumenti* live *Chirographi*. l. 1. *Cod. de donat. secundò* *Consignatio*, si emptor res emptas consignet. l. 14. ff. de pericul. *Et commod. rei ven. sit*. Tercio *Apposito infodis*, v. g. ad emptum acervum ligni. l. 51. ff. de acq. poss. *Manz. num. 5. Harp. num. 3. 4. Et 5.*

### §. HOC AMPLIUS. 46.

- Tertia species fidei traditionis est pro-  
74 jectio missilium: Romani enim principes, qui vivis abundabant, liberalitatis gratia solebant spargere missilia, sicuti & hodie in electione Papæ & Imperatoris fieri solet: & tunc proiciens vult, ut illud, quod quisque apprehendit, fiat accipientis. *Schneid. hic*.

### §. QUA RATIONE. 47.

- 75 *Ultimus* acquirendi dominii modus est *Occupatio rei pro derelicto habita*, qualis est illa, quam dominus ea mente, abjicit, ut in numero sita, ut rerum esse nolit, non mirum igitur, quòd occupanti concedatur. Quod procedit tam in rebus mobilibus, quam immobilibus; ut si quis domum, vel agrum ita derelinquat, ut in bonis suis amplius esse nolit. *Schamb. Et Schneid. hic*.

### §. ALIA SANE FIN.

Q. *hic*. An ille, qui apprehendit res, quæ coacta tempestate, *seron la*, & exoranda navis causa in mare efficiantur, ac perit earum tamquam derelictarum, & dominus ille? R. *negatur*, ratio est in textu, quia palam est, eas non eò animo abici, quòd quis eas habere nolit, sed idcirco, ut cum ipsa nave tempestatibus, & naufragii periculum effugiat. Quare, si quis eas fluctibus expulhas vel etiam in ipso mari natantes lucra lianimo abstulerit, tutum committit. text. *hic*. quia rem delinquit invidio dominò lucrando gratiâ.

### AD VERS. NE LONGE.

Quæ dicta sunt de *Profectis in mare*, eadem obtinent in his, quæ de *rebus da currente*, non advertente domino, derelictarum, nam manent ipsius domini, cui ab inventore restituenda. Ubi universatim

*Observa* si quis rem invenerit, quòd de domino inquirere, & si eum resciverit, rem illam conscientia restituere teneatur. Quod addo verum, ut inventor menytrum, id est, inventionis præmium, vel mercedem honeste petere non possit. *lib. 43. §. 7. ff. de furt.*

Dixi *petere*, quia honeste, si ei offeratur, accipere potest. *Schamb. hic. Et Manz. num. 8.*

Quòd si dominum rescire non possit, poterit sibi retinere; nulla enim lex est, quæ obstringat inventorem, ut rem inventam elargiatur in pauperes. *Schamb. hic. Et Harp. num. 9. Loysan lib. 3. de Just. tit. 1. cap. 5. num. pen. Menac. lib. 5. præsumpt. 30. num. 8.*

## DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

## SUMMARI A.

- 1 *Quæ res dicantur corporales?*
- 2 *Quæ incorporales?*
- 3 *Quæ dicantur res mobiles?*
- 4 *Quæ immobiles?*
- 6 *Pecunia numerata an referenda sit ad res mobiles, an vero immobiles?*
- 6 *Quo præviuant jura, & actiones?*
- 7 *Quæ res dicantur immobilis, & ad res immobiles spectes?*
- 8 *Quid intersit, an res dicatur mobilis, an immobilis?*

**E** Apodum Titulo præcedenti varias rerum Divisiones, hic rursus ponitur alia, quæ plane generalis est, involvens omnes alias rerum divisiones, factique alias corporales, alias incorporales.

Ad vers. Corporales, & ad vers. Incorporales.

- 1 Queritur hic, *quænam res dicantur corporales?* *Imperator*, res corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, h. e. quæ sub tactum cadunt, quæque, si præsentis sint, corpore, & manu apprehendere, oculis conspiciere, vel cæteris sensibus percipere possumus, v. g. homo, vestis, fundus, aerium, argentum, &c. *Pinn. luj. hic. num. 1.* Dicitur autem *sui natura*, ut indicetur, etiam illas res, quæ cælo infixæ sunt, vel in abyssu maris existentes, vel in montibus occultatæ, hac divisione contineri, licet enim actu tangi nequeant, o natura tamen ita comparatæ sunt, ut tangi possint, *Harp. num. 3. Schmid. num. 2.*
- 2 Res incorporales sunt, quæ tangi non possunt, h. e. quæ sub sensum exteriorem non cadunt, ita, ut neque tactu apprehendi, nec visu percipi possint; sed solo intellectu, & animi judicio percipiantur, v. g. obligationes, actiones, servitutes, hereditas; &c.

pollunt, h. e. quæ sub sensum exteriorem non cadunt, ita, ut neque tactu apprehendi, nec visu percipi possint; sed solo intellectu, & animi judicio percipiantur, v. g. obligationes, actiones, servitutes, hereditas; &c.

Dices: tamen plerumque in hereditate reperiuntur res corporales, puta aurum, argentum, vestis, fundus, &c. ergo male dicitur, quod hereditas sit res incorporalis. *Imperator* hereditatem hic accipit non pro rebus hereditariis, sed pro ipso jure succedendi, quo respectu hereditas est quid incorporale, sicut a par in obligationem, in usufructum plerumque res corporales deducuntur; immo tamen dixerit obligationem, usufructum, &c. esse res corporales. *Mantz. num. 2. hic. Frantzius luj. hic. num. 9. Chingensperg. hic ob. 2.*

Dices: nihil interest, an nomine hereditatis intelligatur ipsum jus succedendi; an vero ipse res singulares in hereditate contentæ. *Imperator* multum interesse, si enim res singulares evincatur, venditor hereditatis de eversione non tenetur, l. 5. *Cod. de evict.* quia non res singularis censetur vendita, sed ipsum jus incorporale. l. 2. *ff. de hered. vel. act. vend.* pulchre *Chingensperg. luj. hic q. 3 ob. 1. & 2.*

Res corporales subdividuntur in mobiles & immobiles. Illæ sunt, quæ in locum & de loco moveri possunt, sive ab iis ipsis ad fiat, ut in rebus animatis accidit, puta equo, bove, asino, arietem, &c. Sive ab alio, ut in rebus inanimatis, v. g. veste, lecto, libro, sciammo, cartilabro, pelus, &c. l. 93. *ff. de l. S. vulgo subreunde, oder bewerthehell labb, und Güter.*

F F Res



7 Q. III. An pecunia ex venditione rerum immobilium comparata referenda sit inter res immobiles?

Dixeris quod sic, quia pretium succedit in locum rei, l. 22. ff. de hered. petis. Sed contrarium tenendum cum Mantie. de consej. ult. volunt. l. 9. tit. 3. num. 4. Houn. ad Treut. vol. 2. disp. 3. q. 18. Harp. num. 16 hoc. Brauen. de tutel. tit. de reb. cor. qui sub. tut. 2b. 19. aliud enim (inquit Harp. loc. cit.) est pretium, aliud res ipsa. l. 28. ff. de novat. l. 28. de V. S.

Ad rationem dubitandi q. regulam illam, pretium succedit loco rei, procedere solum in casibus Jure expressis, puta in Judicis conversatibus, ut est Petitio hereditatis d. l. 22. Item in actione metus. l. 18. ff. quod met. caus. In Jud. citis vero particularibus dicta regula plerumque fallit. Sic pretium ex re furtiva restitutum furtivum non est. l. 48 §. ult. ff. de furt. Nummi ex distractione pignoris tēdempti pignus non sunt. arg. l. 7. §. un. ff. qui pot. in pign. Res empta ex mea pecunia, si ab altero, non meo nomine, emptio facta sit, mea non est, arg. l. 6. Cod. de R. V. Gaul. de pignorat. obs. 17. Vides proinde, vulgatum illud Juris Brocardicon, quod pretium succedat loco rei, universale non esse, sed plerumque fallere. Quam ipsam doctrinam,

velim, me noris tenaciter imprimis, utilis enim est, & fructuosa; quæ autem utilia sunt, ad scientiæ gloriam multum contribunt. Enim vero, Lepsius teste, qui fructuosa, non qui multa sent, sapit.

Dices. nulla est utilitas, nullus effectus, siue res dicatur esse mobilis, siue immobilis; ergo in casum laboravimus, dum rerum divisioni hactenus tam anxie insudavimus. R. neg. ant. & consej. I. enim interest in alienatione rerum minorennium, & Ecclesiasticarum; mobiles enim sine decreto Judicis, & consensu Capituli alienari possunt, immobilis non etiam, tot. tit. ff. de reb. cor. qui sub tut. §. §. de reb. Eccles. non alien.

II. Interest in casu, quo statutum superstiti conjugis bona mobilia in lucrum decernit

III. Interest ad hoc, tu intelligas, an competat interdictum unde vi, an vero utrobi, Gaul. lib. 2. obs. 10. num. 4.

IV. Interest ratione retractus, de quo vide Zoes. ff. de Retract. num. 83.

AD VERS. EODEM NUMERO.

In hoc ultimo v. ad res incorporales Justinianus refert quoque Servitutes, idque ideo, ut tanto commodius in sequentem Titulum illaberetur,

### TITULUS III.

## DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM, ET URBANORUM PRÆDIORUM.

### SUMMARIA.

- 1 Servitus bifariam accipitur.
- 2 Quomodo definitur?
- 3 Alia personalis alia realis.

4 Alia rustica alia urbana.

5 Prædium rusticum, & urbanum quod sit?

- 6 *Quomodo possit scire, an servitus sit rustica an urbana?*
- 7 *Quid sit iter?*
- 8 *Quid actus?*
- 9 *Quid via?*
- 10 *Quid aqua - ductus?*
- 11 *Quid Jus nascenti?*
- 12 *Pescua alia publica, alia privata.*
- 13 *An locus p. edu. servituti mutari possit?*
- 14 *Quid sint servitutes urbanae?*
- 15 *Aliae sunt affirmativae, aliae negativae.*
- 16 *Servitus oneris ferendi.*
- 17 *Item tigni immittendi distinguuntur.*
- 18 *Tigni nomine quid veniat?*
- 19 *Tignum, sine Jure servitutis immisissum, interdicti potest.*
- 20 *Servitus stillicidii quid sit, & quod duplex?*
- 21 *Item quid servitus altius, & non altius tollendi?*
- 22 *Servitus, ne luminibus officatur, quae dicatur?*
- 23 *An vicinus mes. luvina aedificando obscurare possit?*
- 24 *Quid sit servitus luvinum?*
- 25 *An in mes. pariete fenestram aperire possim, quia in aream alterius prospiciam?*
- 26 *Quid sit annulationis causa lumina aedificando obscurare?*
- 27 *Quare servitutes dicantur praediales?*
- 28 *An vasallus fundo feudali servitutem vestire imponat?*
- 29 *Servitutes quomodo constituentur?*
- 30 *An praescriptione?*

**V**OX *Servitutis* homonyma est, ac duplicem in Jure Significationem habet. E. sumitur pro *Quantitate personali*, quia inducitur privatio libertatis & indeque pendendum Jurium; & de hac servitute superiori libro laus, superque egimus.

**II.** Accipitur pro *Jure*, vi cuius uti-

litatem quandam ex re aliena percipere possumus, atqui in hac acceptione est nostri ususque, ac a variis variae, a paucis bene distinguuntur; placet, quod sit *Jus reale*, vi cuius libertas dom. no. aliquam in re sua competens minuitur, ita, ut in commodum nostrum aliquid in suo pati teneatur, vel non facere. Clariss. D. D. Franz. Inss. hic. Schneid. n. 3. germanice vocatur *eine Dienßbarkeit*. N. Oe. neue Satz- und Ord. de Jurib. incorp. 16. §. 1.

Dividitur in *Servitutem personalem*, & *realem*. Personalis est, quae personae debetur, seu quo proxime respicit utilitatem personae, v. g. *usus*, *usufructus*, & *habitatio*, de quibus ut. segg. Realis est, quae rei debetur, sive quae proxime respicit utilitatem rei, v. g. *Iter*, *actus*, *via*, &c. de quibus hoc titulo. Servitus realis, quae alio nomine etiam praedialis nominatur.

Subdividitur in *urbanam*, & *rusticam*. Urbana est, quae debetur praedio urbano. Rustica, quae debetur praedio rustico.

*Praedium autem urbanum* dicitur, quod praebet usum urbanum, h. e. quod inhabitandi, negotiandi, recreandi causa constitutum est. *Rusticum praedium* est, quod praebet usum rusticum, h. e. quod ad fructus colligendos, vel asserandos, vel ab stabulanda pecora, exstructum est. Schneid. n. 7. Obliquenp. q. 7. hic.

Aliud mox refert, an praedium sit in urbe, an extra urbem extructum, non enim locus, sed materia praedium facit vel urbanum, vel rusticum. l. 198. ff. de V. S.

Unde, ut intelligas, an praedium urbi. num. an. rusticum sit? utrum, quem praebet, inspicias? necesse est, & si ille usus sit urbanus, h. e. si ad inhabitandum, negotiandum, vel recreandum destinatus sit, praedium erit urbanum. E contra, si ille usus sit rusticus, puta,

ad

ad reponendas fructus, ad asservanda instrumenta rustica, vel ad stabulanda pecora destinatus; prædium erit rusticum d. l. 198 ff. de V. S. Et l. 166. ff. rod. Cypolla de servit. tit. 1. cap. 1. num. 2. Manz. de j. ut. tit. 1. q. 2. num. 7. Schneid. Inst. n. 7. Clariss. D. D. Franz. n. 8. Schamb. hic. Ex Dicht.

Colliges: licet hortus regulariter, & communiter prædus urbanis adnumeretur, quia videlicet plerumque recreandi causa extruitur; si tamen hortus in redditu sit, h. e. non vel olivar generet, quod incipiat, esse prædium rusticum d. l. 198 quia prædium recipit suam denominationem ab usu, & si. e. ad quens destinatum est. Sic pariter, licet stabulum communiter pro stabulandis jumentis comparata sint, & hoc sensu venant nomine rusticorum prædiorum; ipsa tamen stabula etiam prædia urbana esse poterunt, puta, si sint meritoria, h. e. pro mercede elocentur, & puterint, non tam usum stabuli quam mer. edem ex usu primario respiciat, vel etiam, si stabula destinata sint ad mansionem pauperum hominum. Franzens n. 15. Et Schamb. prim. hic. pulchre Clariss. D. Franz. n. 9. b. obs. 5.

Quesitum, quomodo intelligere possis, an prædium rusticum sit, an ut humanum & Jan

6 Q. I. Quomodo cognosci possit, an servitus sit urbana, an rustica?

Observa? Prædium aliud esse dominum: aliud servitum. Aliud vocatur, cui debetur servitus. Hoc dicitur, quod debet servitutum. Alynfig n. 6 Schneid. n. 5. Quo prænotato;

1. Inspectendam esse qualitatem prædii, cui servitus debetur. Quid si sit prædium rusticum, servitus erit rustica; si urbanum, erit urbana: servitus enim denominatur a prædio dominante; tan-

quam a digniori. Ita Franzens n. 20. Schneid. n. 8. Harp. n. 59. luc. Unde, licet via sit servitus rustica; si tamen via per fundum unum debetur meo domui, ducetur servitus urbana, quia denominatur a prædio dominante, & de se nulla servitus est vel urbana, vel rustica, sed accipit denominationem hanc a principio extrinseco, puta a prædio dominante, Clariss. D. D. Franz. n. 6.

Dices: Nihil interest, an servitus sit urbana, an rustica: ergo male distinguitur. R. neg. ant. Et conseq. Interest enim ratione amissionis: servitus enim rustica solo non usu amittitur, non urbana; utpote in qua opus est factio ejus, cuius prædium servi. l. 15. § 1 ff. quemadmodum serv. amitt. Hoc ipsum nos infra b. latius explicabimus vide Chungenf. q. 6. ob id hic.

Species servitutis rustice Imperator hic 7 in principio vultus revolet, 1. est iter, germanice ein Fuß- oder Gang Steig, wann einer einen Weg und Steig über fremde Grund hat. 4. Ob. neue Satz- und Ordn. de Iter. utriusque §. 2. tit. 16

Definitur, quod sit jus eundi, ambulandi hominis per fundum alienum; non etiam pecuniarum agendi, vel velentium ducendi. Casus hujus servitutis potest talis esse: habebam ego fundum, habes & tu fundum in propinquo; cum ire meum ire vellem, opus mihi erat magno circuitu; pactus tecum sum, ut mihi iter concederes per tuum fundum ad meum: tu tu hiter concessisti, ut transire possent; sed neque cursum meo neque cum veniculo. Ex ista concessione mihi questum est, Jus in fundo tuo, vi cuius per illum ad meum fundum ire possim, & hoc jus vocatur servitus itineris. Schneid. n. 13. Manz. n. 4. luc.

Dixi 1. Jus eundi: ubi notandum, quod is etiam ire intelligatur, qui sella, vel

vel lectica portatur, vel equo iacedit. l. 7. *§. l. 12. ff. de servit. pred. iust.* Ratio est iuni, quia alias male consultum foret podagrico, aut valensinario, iter habenti. Tum, quia, qui alteri concedit iter, in effectu concedit ipsi bipedale spatium, per quod possit incedere: atque sive pedes, sive eques incedat, sive sella, sive lectica portetur, non infumit majus spatium, ergo *Mauz. n. 10.*

Hæc ipsa tamen *Extensio* tunc denuo locum habet; nisi inter partes conventum sit, ut pedibus tantum incedere liceat; tunc enim contractus ex conventionione legem accipit, & pacta ultra mentem contrahentium non sunt extendenda. C. 115 de R. J. in 6. l. 84. ff. de R. J. *§. l. 1. §. 6. ff. de positi.*

*Dicit II. Ambulandi hominis. I. Vox ambulandi* Itionem, & Reditionem denotat; cui enim ire licet, utique etiam redire permillum est! *II. Vox hominis* additur ad distinctionem, *actus*, *§. via*, nam iter est *hominum, actus jumentorum, via vehiculorum*. Homines eunt, jumenta aguntur, vehuntur vehicula. *Mauz. n. 12. Wesemb. n. 3.*

Illud hic singulariter notandum, quod, licet alias in Jure prohibitum sit, propria authoritate Jus sibi dicere l. 13. ff. quod met. carf. *§. l. ult. Co. l. unde vi. aut alteri vim inferre, tot. tit. ff. de vi, §. vi armata.* Illud tamen limitetur in casu, quo quis murum, sepem, ædificium erigit in loco, ubi servitus detetur. Hoc enim in casu, si per murum, per sepem, per ædificium impediatur usus servitutis, poterit dominus prædii dominantis propria auctoritate, & irrequesito Judice sepem, murum, ædificium intercludere, demoliri, & destruire. l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil. in illis verbis: Jure suo potest eum intercludere. S. bneid. Instit. l. c. u. 15. Brunnum. in d. l. 29. §. 1. pro defen-

sione enim Jurium incorporalium vim vi licet repellere. l. 1. §. 2. ff. de un. aliquo privato. Schneid. d. l. Guil. 1. obs. 147. num. 2. Stephan. de Jurisd. lib. 1. cap. 49. Menoch. remed. 3. retinend. poss. n. 29. Rösenthal. de fens. cap. 10. concl. 41. vide N. Oe. §. Satz und Ordnung, loc. cit. §. 6. Welcher sich in seinem rechtmässigen Process wider eines andern Gewalt; und unbefugtem Angriff, auff gehörende im Rechten zugelassene Weis sich hält, und handhabet, der kan deswegen heimes Gewalts beschuldiget, noch angeklagt werden.

*II. Servitus rustica est actus, nostro idiomate ein Trieb: alii vocant eam Fabr-Weg.*

*Definitur*, quod sit Jus agendi Jumentum, vel Vehiculum per prædium alienum ad nostrum, text. l. c. *§. in l. 1. ff. de S. P. R.* Unde advertis, in quo differat *actus* ab *itineris*, nam, qui iter habet, *Actum* non habet, e contra, qui *actum* habet, etiam iter habet. Qui ergo *actum* habet, non tantum habet Jus agendi jumentum, vel vehiculum ducendi, sed etiam eundi, & ambulandi sine Jumento, quia, cui licet, quod est plus, ei non debet denegari, quod est minus, c. cur. licet. de R. J. in 6. atque plus est jumentum agere, & vehiculum ducere, quam ire & ambulare; ergo. Ratio alia, quia uno concessio omne illud concessum videtur sine quo alterum expediri non potest. l. 2. ff. de Jurisdictione, atque jumentum agi, h. e. ante se propelli, & abigi, seu agitari non potest, nisi inferatur homo, & ambulet; ergo. *Mauz. num. 22. Harp. num. 48. §. n. 49. h. c.*

*Dices: ex dictis* sequitur, quod iter actu abesse non possit, sed iter potest ab actu esse. l. 1. §. 1. ff. si servit. vind. ergo. *¶* Iter dupliciter considerari posse, in abstracto, & in concreto. In abstracto consi-

consideratum h. e. quatenus solam itin-  
nem sine iumento includit, non conu-  
netur in actu d. l. 4. § 1. In concreto  
vero consideratum h. e. quatenus necessa-  
rium est ad agendum iumentum; si mila-  
ter, & essentialiter in actu includitur; cum  
nemo possit agere, nisi eundem; interqua-  
ritur iumentum, & de hoc itinere intelli-  
genda est l. 1. ff. de dimend. legat. ubi  
dicitur, quod actus sine itinere esse non  
possit. H. p. n. 52. Hunn. v. c. ent. vol.  
lib. 2. tract. 2. n. 3. Ex dictis  
1. *Agror*, quod inter partes recte conve-  
niri possit, ut quis actum habeat, non  
vero iter, in abstracto sumptum; hoc  
enim in actu essentialiter non contine-  
tur.

Sane, si actus simpliciter concessus  
fuerit, iter quoque, in abstracto sum-  
ptum, intelligitur concessum. l. 1. ff. de S.  
P. R. l. 18. ff. de V. O. l. 5. §. ff. de No-  
vat. Clariff. D. Fraus. n. 25. & communi-  
ter omnes.

III. Servitus rustica est *Via*, germa-  
nice eine Dienstbarkeit, vermög derer einer  
nicht alleine gehen, reiten, fahren: son-  
dern Räum und Sten darüber führen,  
schleiff- oder stützen kan.

Depinitur, quod sit *Jus eundi*, ambu-  
landi, agendi iumentum; *vehiculum du-  
cendi*, *sepiet*, *trahet*, & *signa trahendi*,  
& *reum huius ferendi*, h. e. exercitum  
per alterius agrum; vel fundum ducen-  
di; modo fructus non laedat, l. 7. ff. de  
S. P. R. Schneid. num. 19. hic. Ahter ista  
verba: *reum huius ferendi* interpretan-  
tur Manz. num. 27. Schamb. hic.

Differet *Via* ab *Itu* I. quia, quod *Viam* ha-  
bet, non tantum habet *Jus eundi* & agen-  
di iumentum, sed trahendi lapides, tra-  
hes, signum: &c. adeoque latius patet.  
H. p. n. 64. II. *Latitudo* *Vie* in Jure de-  
terminata est, videlicet, ut porrectum

octo pedes, in anfractum vero, ubi  
flexum, & sinuosum est, sedecim pedes  
contineat, l. 8. ff. de S. P. R. contra vero  
latitudo actus nullibi reperitur definita.

Manz. num. 28. Fr. n. 22. num. 26.

IV. Servitus rustica est *Aqueductus*, in  
nostra vernacula *eine Wass-  
leitung*, quod sit *Jus ducendi aquam*

*per fundum alterius* Dicitur *ducendi a-*  
*quam*, ut differat ab *Aquæ haustu*, quæ  
servitus imponitur illi aquæ, quæ duci  
non potest, veluti puteali. Manz. n. 35.

V. Est *Aqua haustu*, quæ est *Jus hau-*  
*riendæ aquæ ex fonte privato*, vel alia  
aqua vicino.

Circa hæc servitute non notanda sunt  
duo. I. Ut is, cui acquiritur, habeat vi-  
cinum prædium, l. 1. § 1. ff. de S. P. R.  
licet cum tunc aqua hauriatur pro utili-  
tate personarum, quæ vicinum prædium  
possident; ista tamen servitus realis dicitur,  
quia dicitur a re respectu, & contem-  
platione prædii vicini, & consequen-  
ter illud *Jus reale* est, & transitorium  
ad hæredes. Quod si acquirens non ha-  
beat prædium vicinum, sed forte ex con-  
ventione tantum pro utilitate suæ perso-  
næ aquæ haustu ei concessus fuerit, di-  
citur *Jus personale*, quod cum persona  
extinguitur, l. 4. ff. de S. Schneid. num. 27.

II. Notandum, quod, concessa hæc  
servitute, iter quoque ad aquam, ac id  
omne, sine quo ad puteum perveniri  
non potest, concessum esse intelligatur,  
l. 11 § 1 ff. commun. præd. l. 3. §. qui ha-  
bet. ff. de S. P. R. Harp. n. 38. Schneid.  
num. 27. Clariff. D. D. Fraus. n. 28. hic.  
Concordat *Jus Austr. neue Satz und Ord-*  
*nung de Jier. incorp. tit. 16. § 7. Welcher*  
*aus einem Brunnenguell, oder einem Schöpf-*  
*Brunnen auf fremden Grunde das Wasser*  
*zu seinem Haus, oder Grunde zu nehmen,*  
*besuges*

besetzt ist, der hat die Gerechtigkeit der Steig zu so'chem Wasser, und also zu ziehen.

- 11 VI. Servitus rustica est *in. s. cendi, germ. Vieh-Trieb. Wann eines besetzt, sein Vieh, in fremden Auen, und auf anderer Leute Grund zu halten und zu weiden. Describitur, quod sit facultas pascendi in alieno fundo.*

*ius villæ, vel civitatis, alia privata. prata, agros vel sylvas, in quibus omnes & singuli de universitate sua pecora pascere possunt.*

Privata sunt, quæ alicui privato Jure proprio in fundo alieno (forte ex emptione, venditione, legato vel præscriptione) competunt. *Harp. n. 91. C. post. tract. de serv. rust. p. ad c. 9. n. 4. Berich. p. 2. concl. 49. num. 2. Schneid. num. 40.*

Ceterum, tam-nisi appellatur *Ecceis* continentur omnes quadrum pedes, quæ gregatim pascuntur, *l. 65. §. procoribus. ff. de legat. 3.* Servitute tamen pascendi uti aliter quis non potest, quoniam est in conventionione vel præscriptione, *arg. l. 1. §. 6. de post. l. 1. §. 6.* Ubi dicitur, quod contractus ex conventionione legem accipiat, & *l. 1. §. si quis ff. de iure, ad hunc p. est.* Ubi statuitur, tantum esse præscriptum, quantum possunt. Unde

*infero, si inter parces, convenierit, tantum de pascendis viduis numero centum; non possint ibi boves, vel ultra centum oves pasci. Schneid. n. 31. Harp. n. 110. Capelle loc. cit. cap. 9. n. 17. Berich. d. h. c. concl. 49. n. 10. Item statuta N. Or. Satz und Ordnung de Jur. incorp. §. 14. Wessen sich etc. l. c. Utrali parces convenit pascibus in hunc finem pascendis, ut etiam usus pascis in 30 temporis seu 32. ut etiam solus erit, ut etiam portio pascis, nec sine permissu domini in majus progre licendum.*

Q. II. An dominus prædii servientis possit loca, in quibus debet alteri servitutem pascendi mutare, & reducere ad culturam, invito domino prædii dominantis?

Ratio dubitandi I. est, quia quilibet est rei suæ moderator, & arbiter; *l. 21. Cod. mandat. II. ex l. 24. §. ult. ff. de domo infecto, ubi discrete cautum est, licere mihi puteum fodere, etiamsi vicinorum venæ prædicantur; ergo possum alteri in fundo meo facere, licet id*

Verum his non

dominus serviens mutari non potest; *ergo* mutationem conditio prædii dominantis reddatur deterior. Ita *Gail lib. 2. observ. 67. n. 10. Buch. ad Tract. vol. 1. disp. 17. th. 16. in fine. Schneid. n. 33. §. seq. Cap. in d. cap. 9. n. 4. fide Berich. p. 2. concl. §. 49. n. 24. Sardinus consil. 65. N. Or. Satz und Ordnung. loc. cit. §. 15. ubi omnino vide.*

*Præb. per l. 1. §. 4. ff. de acqu. p. via accendi ubi in hęc verba refertur: Sic debet aliquis agrum suum mœnem facere, ne vicini deteriorem fiat, atque unque deteriorem faceret, si quis forte vellet ex prato stagnum, aut ex sylva vites facere, ergo.*

Accedit *l. 9. Cod. de servut.* ubi dicitur, quod ædificans contra ædificum sepelitatem teneatur id demoliri suis lat. i. ubi; *ergo* signum est, quod conditionem prædii dominantis non liceat reddere deteriorem.

Ad *Rationes dubitandi* patet *Schöten. I.* enim procedit, nisi alteri in fundo illius Jus, seu servitus aliqua competat.

II. Eodem fortuito modo putamus foderi, licet venæ alterius putei prædicantur; nisi alteri Jus, aut servitutem habeat, vigore cuius mihi non permissum est, puteum in meo fundo fodere.

Præter

Præter servitudes rusticas, h. ædificius enumeratas dantur adhuc plurimæ, puta, *calces coquende, arena fodienda, eximendi aretam, sumendi prædamenta, legandi, faciendi singulorum, habendi tugurri, &c.* de quibus vide *Manz. tract. de servit. tit. 3. §. 10. n. 324. Et seqq.*

### §. PRÆDIIORUM. I.

14 Servitudes urbanæ sunt, quæ prædiis urbanis debentur, h. e. quæ *habitandi, recreandi, commercia tractandi causa* facta sunt, sive in urbe, sive extra urbem, quia non locus, sed materia, sive usus facit prædia urbana, vel rustica *d. l. 193. ff. de V. S.*

15 Servitudes urbanæ alie sunt *affirmativæ*, alie *negativæ*. Et per hanc Divisionem differunt à rusticis servitutibus, utpote quæ omnes sunt affirmativæ, & per negativam non constituuntur, *Schneid. n. 2. Frankfurt. 3.*

Affirmativæ sunt, quæ eo tenentur, ut teneatur vicinus aliquid pati, vel sustinere, v. g. *onervi ferendi, tigni novitendi, altius tollendi, sublevari avertendi &c.*

Negativæ sunt, quæ eo collimant, ut vicinus, prohibeatur aliquid facere, vel cogatur aliquid omittere contra naturalem libertatem velium suarum, *Manz. n. 6.*

16 Prima Servitus urbana est servitus *onervi ferendi*; quæ hinc est Jus, ut cuius vicini nosse teneatur pati, ut paries, vel columna in area ipsius posita onus adsum novitarum sustineat. Germanicè: *ein Denybaßent, wenn er dero enner besuget ist, auf. order an seine eigene Mauer seinen nachben Nicken n. zu bruen N. Oe. Satz un l. Ordnung. hic. tit. §. 1.*

Ita servitus h. e. habet speciale, quod dominus præ se servientis teneatur *murum, parietem vel columnam*, quæ fort onus servituti, suis propriis sumptibus

*Kretz ad l. 2. §. 1. ita.*

reficere, & oneri ferendo i se in red. dere, si forte collabatur, aut labem contrahat, *l. 33. ff. de S. P. U. Franz. num. 5. hic Harp. num. 8. Et cetera oner. sumptus tamen fulcrum ipsoctant ad illum, cui f ruius oneris ferendi debetur, l. 8. ff. si servus unid. Schneid. n. 4.*

II. Servitus urbana est Jus *mutuendi tigni*, vulgò *ius Trus. Recht.*

Definitur, quod sit Jus, ut cuius vicini in parietem sui vicini ita trabem posse mutuare, ut in utroque prædio, tam dominante, quam serviente requiescat, *l. 2. ff. de S. P. U.*

Obstet quod licet regulariter nomine tigni, *cementa, lapides, regulæ, cæbe, arena*, & omnis materia, ex qua sunt ædificia, veniant, §. 29. *l. ult. de R. D. Et l. 62 ff. de V. S.* hic tamen tignum tantum sumitur pro tribus im talis. *Sch. id. n. 5. Harp. n. 12.*

Q. III. Quid Juris, si non habens servituti tigni mutuandi in meum parietem, mutuare trabem? R. quod possit eadem trabem præ via autoritate tollere, & interci lere, *d. l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil.*

Quæ ipsa lex cum semper allegari soleat, si quis, non habens servituti n. murum in fundo alieno fabricat, vel semper erigat, ideò, ut illam memorie tenaciter imprimas, te iterum iterumque monent. Vide *Abuulid. n. 10. §. hic. Capos. de serv. urban. præd. cap. 3.*

Sed an! quæ est ratio specialitatis, quod trabem, in meum parietem sine Jure servitutis intromissam, propriâ autoritate tollere & interci lere possim, cum tamen in l. exiet 13 ff. quod ius caus. severè prohibeatur ne quis propriâ autoritate sibi Jus dicat. R. Rationem specialitatis communiter in eo poni; quia quod in meo solo ponitur, vel ædificatur, solo cede, atque ita meum sit

§. 3. *Inst. de R. D.* Ideoque, si destruo illud, vel incido, videor destruere potius id, quod est meum quam quod alterius; rebus autem meis uti, vel abuti possum, l. 21. *Cod. Mandati*. Ita quoque ex *Harp. num. 17. hic. §.* quando nimirum ante unius anni, & quod excurrit, revolutionem pro *Actu repetitionis* ad Inclytam Facultatem Juridicam more solito rigore tentabat.

20 III. Servitus est *Stillicidii*; quæ duplex *admittitur*, & *negat va*, sive *avertendo*, & non *avertendo* stillicidii.

Servitus stillicidii advertendi est *Jm*, ut *cujus aliquis potest a pium pluralem de suo telio avertere, & de rivis aream, vel vicus chocam, per quam sordas effluent, & eluuntur*, *Alanz. num. 16.*

Servitus stillicidii non avertendi est *Jus*, ut *cujus vicinus stillicidium, quod cadit in meam aream, non potest avertere ad suam domum, ita, ut non cadat in meam aream. Quæ ipsa servitus quandoque esse potest perquam utilis; fac enim, hortum esse irrigandum, mplantandam cisternam, aut sordes rubendas, nunquid hoc in casu servitus memorata perquam conducit?*

21 IV. Servitus urbana est *altius tollendi*, & *altius non tollendi*.

Servitus altius tollendi est *Jus*, ut *quis vicinus nostrum non senetur pati, ut alet nostras altius, quam fortè de statuto cruciatu obtinet, tollamus*, l. 2. *ff. de S. P. U.* Vel ista servitus eatenus etiam competere potest, ut vicinus meus teneatur vigore servitutis mihi debite suas xdes altius tollere.

Quæ servitus utilitate, & dignitate non minima est, tum ne impetus ventorum noceat; tum ut altitudo domus umbra præstet ei loco, quo fortè solis radii grati non sunt. Fac enim, xlibus tuis vicinum esse mercatorem, nunquid

hujus interest, habere opacas, & umbratiles tabernas? sic enim viciosa mercatores sine observatione viti facilius vendi, & distrahi possunt. *Schneid. n. 18.*

*Dnes*: ex jure naturæ cuilibet concessum est, elevare suas xdes usque ad cælum, l. 14. *ff. de S. U. P. l. 8. Cod. de servitus*, ergo non datur servitus altius tollendi; hac enim opus nemo habet, si jure naturæ quis altius potest ædificare. Mirum in modum se torquent *DD. circa Solutionem* hujus *Argumenti*, & scire jure sunt solutiones, quæ hac de re discurruntur capita.

*Bibou. ad Tract. vol. 1. disp. 17. rh. 2. ht. D. solide*, & perquam subtiliter hac de materia discurret, atque n'gat, dari servitutem altius tollendi, idque non sine magna ratione. Verùm; ne rimando hanc subtilitatem, aut ei diu inhaerendo tibi vel difficultas, vel tædio/us fiam, [non enim omnes sunt amantes subtilitatum] idcò

§. ad argumentum *disp. ant.* Ex jure naturæ cuilibet concessum est, elevare mtes suas usque ad cælum, nisi statuto civitatis, vel consuetudine loci aliud introductum sit, *con. ant. secus neg. ant.* & *confr.* Nunquid potuit in civitate statutu n fieri vel consuetudine introduci, ut certam altitudinem, invicò vicinorud, ædificando excedere nequens? Hoc in casu utique tibi opus est servitute altius tollendi, si altius, quàm de statuto civitatis permisum est, elevandi mdes volupe sit. Deinde fac, contra te præscriptum esse, ne altius collas xdes tuas. Nunquid hoc in casu opes habes servitute altius tollendi, si elevare xdes ve is? Iti §. *Vinn. Inst. hic. n. 6. Harp. n. 32. Gsd. lib. 2. obs. 69. Obingen. p. q. 10. obj. 1. Alanz. tract. de servit. tit. 2. q. 22. n. 92. Wensleb. in parat. de S. P. U. n. 3. Hæm. var. res. lib. 2. tract. 2. y 8.*

Urges:



*Urges* : Si de statuto civitatis , vel consuetudine certa ædificandi forma præscripta est : quomodo poterit deinde vicinus meus per actum vel conventionem constituere servitutem altius tollendi , cum tamen per privatorum pacta Juri publico derogari nequeat. *l. 28. ff. de pact. n. tale statutum . vel consuetudinem , vigore cujus invidi vicinò suo , non est permisum certam altitudinem ædificando excedere , non conferi primario , & principaliter in favorem , & utilitatem publicam introductam , sed dumtaxat secundariò , & primariò in utilitatem privatorum . Jam verò d. l. 38. intelligenda est de casu , quo primario & principaliter vocatur publicus favor .*

*Servitus altius non tollendi est Jm , ut quoniam vicinus noster ades suas in commotionem prædii nostri tenetur habere depressas , text. huc . Et in l. 2. ff. de S. P. U.*

- 22 V. Servitus urbana est , ne luminibus officiat , *germ. dasa mein emen nicht darf das Licht oder Fenster verharren Definitur , quod sit Jm , ut cum vicinus noster mihi potest fieri per quod lumen aditus nostrarum diminuitur , l. 4. ff. de S. P. U.*

- 23 Q. IV. An ergò vicinus meus ædificando lumina , & fenestras meas obscurare possit , si mihi non competat servitus ne luminibus officiat ? R. posse ita diserte docet. *l. 9. ff. de S. P. U.* his verbis : cum eo , qui tollendo obscurat vicini ades , quibus non servias , nulla competis actio . Accedit *l. 24. §. ult. ff. de damno infecto .* ubi sancitur , cuilibet in suo ædificare permisum esse , tametsi alteri noceat . Unde sequitur , me ratio vicini prohibere non posse , quò minus adversus mea lumina ædificet , nisi servitus , ne luminibus , officiat , mihi competat . *Almaz. 36. Capota de S. P. U. cap. 62. n. 5. Brunnerm. in d. l. 9.*

*Locutur tamen d. l. 9. notanter in*

*casu , quo quis ex invidia , vel emulationis gratia alteri vellet obscurare lumina , ut tunc non procedat . Moysard de probat. conclus. 261. n. 17. Gail. lb. 2. obs. 69. n. 14. Brun. d. lo.*

*De et* : Servitus , altius non tollendi , & servitus , ne luminibus officiat , inter se non differunt , quia utraque extendit , ne obscurantur lumina ; ergo non est necesse , ut nova species constitatur . *R. neg. ant. Et consq.* Servitus enim ne luminibus officiat , plus habet utilitatis quàm servitus , altius non tollendi ; hanc enim qui debet , tantum obstringitur , altius ædificando non nocere luminibus : adeoque lumen , ponendo arbores , vel viridaria , obscurare non potest . *l. 12. ff. de S. P. U.* Item verò qui debet , neque arbores , neque viridaria ponere potest , ut lum. rub. s. ff. in H. p. n. 36. Frantz. n. 16. Huu. + r. resol. lb. 2. tract. 2. q. 4. Clariss. D. D. Franz. Inst. loc. n. 17.

VI Est servitus humanum , *germ. das Licht - Recht .* quod est Jm , ut cum vicinus noster tenetur pati , ut per fenestram , in suo p. riete aperiamus , lumen delabatur in ades nostras , *l. 16 ff. de S. P. U.* Dixi in suo i. e. vicini . Sed .

Q. V. An ego , cum Jm constituere servitutem , possim in meo pariete aperire fenestram , perquam in alienam propiciam ? R. regulariter , ita tamen , ut vicinus vicinus meus , alius ædificando , vel aliò modo fenestram obscurare possit . Ita *Huu. ad Treutl. vol. 1. disp. 17. q. 9. h. c. ibid. rh. 3. lit. A. Zoel. ff. de S. P. U. Chlimgens. q. 11. loc. Schamb. Inst. loc. Almaz. tract. de Sequit. tit. 2. q. 64. n. 9.*

*Prob. per l. 8. §. Argo. 5. ff. si servit. vid. ubi cuilibet licet in suo facere , quod ipsi libet dummodo nihil immittat in alterius ades : atqui aperiens fenestram in suo pariete in alienum nihil immittit ,*

G g 2 licet

licet enim prospiciat in alienum, oculos tamen domi & in capite retinet; ergo &c.

Dixi regulariter, sicut enim supra q.

4. *conclusimus*, quod emulationis gratia alteri nemo possit obducere lumina; et etiam hic ponenda est limitatio, nimirum ista, quod emulationis causa fenestram in suo pariete aperire non liceat. Ita *Gul. loc. cit. n. 17. Miscard. d. lo. Chlug loc. cit. Et omnes supra allegati, confer & Fenterswald. ib. 3. obs. 52.*

25. *Alit aut?* quid est, emulationis gratia lumina relinendo obducere vel fenestram in suo pariete aperire?

Pulchrè id explicat *Gul. loc. cit. n. 18. Miscard. n. 11.* ubi varios in hujus rei explicationem casus a liis ducit. Mihi videtur tunc vel maxime ad emulationem quod fieri, si quis alicuius idio tantum, ut iudicium alterius possit prospicere, & forte Monachas, haud procul habitantes, in conspectu habere, nihil inde aliud laturus lucri, quam ut alteri molestus sit. *Gul. d. lo. n. 26.* Huc pro dilucidatione facit Responsum. *Scabra. Lips.* quod allegat *Bruneum in l. 9. ff. de S. P. U. d. s. i. r. u. ch. t. Fug. habet. &c. i. e.* quod jure non agis, cum vicino lumina facere volens obstitas; *ms. in aliqui ales illuminare sufficienter queat, idque operi jusequiat magni creatura sibi molestia causa quam ex necessitate.*

### §. IDIO AUTEM 3.

27. Postquam Imperator præcipuas Servitutum, tam rusticarum, quam urbanarum species reculit, nunc in presenti § rationem reddit, quare has servitutes prædiorum appellet, atque idè, quoniam nemo potest acquirere servitutem, habere potest, nisi pariter prædium habeat; prædium enim sunt subjecta servitu-

tum, & servitutes sunt quasi adjuncta prædiorum, atque adjunctum non potest subsistere sine suo subiecto, *l. 126. §. 1. Et l. 178. ff. de R. J. Harp. loc. n. 2. Manz. n. 1. Pet. Inst. h. c.*

Non obstat *l. 23 ff. de S. U. P.* ubi futuro ædificio servitus imponi potest nam tunc non realiter, sed tantum in spe, & velut sub conditione imponitur, si ædificium constructum fuerit in re. in jure servitus manente in suspensum Deinde talis servitus potest tum vari in ipsa area, atque hinc non est absque omni subiecto. *Vum. Inst. Et à Somming. n. 11. Ex dictis*

*Cod. ges.* ad hoc, ut quis servitutem constituere possit, requiri, ut prædium habeat, b. e. prædium dominus sit, *text. h. c. Et in l. 1. §. pen. l. 16 ff. commun. præl.* Unde ex defectu hujus conditionis servitutem non potest imponere *l. Maritus in re dotali, l. 5. ff. de fund. dotal. hinc verbis: Insulam scriptis, neque servitutes, fundo debitas, posse maritum amittere, neque et alias imponere.* II. Tutor, vel curator fundo pupillari sine decreto, *l. 3. §. 5. ff. de reb. cor. qui sub tut. sunt.* III. Prælati Ecclesiæ fundo Ecclesiastico, *l. Jubemus. Cod. de SS. Eccles. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. c. num. 45.*

Q. VI. *An Vasallus fundo feudali, vel 28 emphyteuta fundo emphyteutico possit servitutem imponere?* R. regulariter posse, quia loco dominorum habentur, & domini appellantur, *l. 12 Cod. de fund. patrum.* Ita tamen, ut talis servitus non fiat perpetua, sed, extincto jure vasalli, vel emphyteutæ expirat; resolutio enim jure dantis resolvitur & Jus accipientis, *l. 31. ff. de pignor. 2. feud. tit. 8. §. quod error id est n. 28. Manz. tract. de servat. tit. 1. q. 13. n. 176. Schneid. Inst. n. 3. R. usual. de feud. cap. 9. conclus. 13.*

Aliter

Aliter se res habet, cum vassallus, vel Emphyteuta servitutem adquisierit; illa enim relicto Jure auctoris non perit, quia meliorem conditionem feudi, vel emphyteutis facere licet. *Mans. loc. cit. num. 178. Schneid. num. 5.*

#### 6. S<sub>1</sub> OUIE FIN.

29 Q. In hoc § quibus modis constituuntur, & recipiuntur servitutes? & R. eis constituuntur duobus modis, puta, actu inter vivos, & ultima voluntate.

Actu inter vivos constituuntur servitutes, v.g. per *Possessionem*, & *Conventiones*, h. e. per contractus, puta, *Alpaticus*, *emancipatio*, *usufructus*, *permutatio*, *donatio*, &c. Ubi tamen subtiliter observandum, ipsam promissionem servitutis separatam esse à constitutione ejusdem; nam promissio servitutis nihil aliud operatur, nisi Jus ad rem, seu obligationem personalem, ex qua promittens conveniri potest, ne servitutem constituat, arg. l. 3 ff. de O & A. & l. 20. Co. l. de pof.

Ipſa autem conſtitutio ſervitutis non aliter fit, quam ſecuta traſitione, quæ traditio aliter fit in ſervitute *aſſirmativa*, aliter in ſervitute *negativa*.

In servitute affirmativa vicem quasi traditionis sustinet usus unus, & patientia alterius, *l. ult. ff. de servit.* Itaque, si ex stipulatu tibi respondit servitutem stineris, & tu per fundum meum actu eos, illudque ego patiar, dicitur Las servitus tibi quasi traditum esse

In servitute negativa locum traditionis occupat omnifido actus qui non aliquando in re nostra exercere potest, v. g. placuit inter nos, ne in gratiam præi i cui altius ad eas meas toberem, non in tu tot, hæc omnifido vicem traditionis subinet, ac Jis servituti operator *E* urz. 1. 1. 1. inc. 3. 2. *Penn. n. 2. H v p. n. 2. Chancery. p. 13.*

Ultima voluntate constituitur feci-  
tus, v. g. per legatum, per donatum  
mortis causa, per fidei commissum, non e-  
nim d. ibetandum est, qui testator here-  
ditatem suam donare possit, ne tollat  
alibi adesse, ne bonis officiatur, vel  
ut potest, utrumque in summi potestatis  
signum monstrare, vel per fundum finem  
re, agere, aquam ducere, &c. Ratio est  
quia, quod alicui haec inter vivos,  
multo magis haec in ultimis voluntati-  
bus, arg. g. n. 12. *Inf. de leg. fin. can. toll.*  
*Mant. mun. 12.*

Ex quidem si per actum ultimæ voluntatis consti-  
tueretur servitus, non opus  
est quasi traditione; idem enim transit ip-  
so jure, ita, ut legatarium statim actione  
reali experiri possit. *l. 8 ff. de legat. 2.*  
*Nichou. ad Treut. vol. 1. dist. 16 th. 3.*  
*lit. A* *Et vol. 2. dist. 13. th. 1 lit. D.*

Præter recensitos modos constituendi,  
& acquirendi servantes occurrunt adhuc  
varii, puta, *per scriptum, et indicatum, con-*  
*stitutio, &*

Præscriptionem quod attinet, circa<sup>30</sup>  
illam jus vetus fecernendum est à jure  
novo. Jure veteri servitutes tanquam  
incapaces veræ possessionis, usu capere non  
poterant l. 14 ff. de servit. l. 43. §. 1. ff.  
de A. R. D. Jure autem novo servitutes  
sicuti res corporales, præscriptionem ad-  
mittunt, & quidem inter præsentis de-  
cennii, inter absentes vero vicennii. l.  
ult. Cod. de pos. iust. long. temp. poss.  
lib. 1. sect. 1. quæst. cap. 31. Harp. n. 7.  
Schneid. n. 5. Schamb. hic.

*De eis: Jura incorporalia non nisi tri-  
<sup>gi</sup>ngta annorum spatio praescribuntur, l.  
3. *Qui de praescript.* 30. *vel.* 40. *ann.* *fed.*  
virtutes sunt jura incorporalia, d. l. *inf.*  
*erg.* & a constitutione d. l. 3. excep-  
tionem dari in servitutibus; hae enim  
non considerantur, ut reliqua jura in-  
corporalia, sed, ut accessio, & pars est*

immobilis, cujus metum sequuntur, sicuti ergo res immobiles longo tempore, puta, decennio inter absentes, praescribuntur, ita quoque servitutes. *Harp. loc. cit.*

De Jure Austriaco circa constituendas, & acquirendas servitutes res ita se

habet: *Byerley Dienbarkeitten* Sec. i. & *Utriusque generis servitutes possunt testamentis abave quavis ultima voluntate, potest inter vivos, uti placuerit constitui; possunt utique praescriptione 32. annorum acquiri. Sicuti autem id singulis locis excusis veterique consuetudine obtinuit, ita & in posterum servetur.*

## TITULUS IV.

## DE USU-FRUCTU.

## SUMMARI A.

- 1 Servitutes personales alia sunt nominatae alia innominatae.
- 2 Quid sit Usus fructus?
- 3 Usus - fructus alius est formalis alius casualis.
- 4 Item alius legalis alius non legalis.
- 5 Denique alius proprius, alius improprius.
- 6 Quomodo constituitur Usus - fructus?
- 7 Item in quibus rebus?
- 8 An in rebus fungibilibus?
- 9 An quasi Usus - fructus pacto constitui possit?
- 10 Quomodo quasi Usus fructus à mutuo differat?
- 11 An vestimentorum sit verus vel quasi Usus - fructus?
- 12 Qualis casus praestetur in vero?
- 13 Et qualis in quasi Usu - fructu?
- 14 Item, an sit de substantia veri?
- 15 Vel quasi Usus - fructus?
- 16 Quomodo expiret Usus fructus?
- 17 Quamdiu duret Usus - fructus Ecclesiae relictus?
- 18 An pater, egrediens monasterium, amittat Usus - fructum?
- 19 Non utendo quomodo amittatur Usus - fructus?

20 An domo destructa Usus - fructus in area conservetur?

- 21 An Usus - fructus possit extraneo cedere?
- 22 Item, an extraneo cedendo, amittatur?

DICTUM est de servitutibus realibus. Sequitur rectè methodò de personaribus; puta, de *Usufructu, Usu, & Habitatione.*

Dividuntur servitutes personales in nominatas & innominatas. Nominatas appello, quæ certum à Jure nomen habent, v. g. *Usus - fructus, usus, & habitatio.* Innominatas voco, quæ utilitati personæ proximè quidem respiciunt, non tamen certum nomen habent. Sic quilibet fore servitus realis in personam mutari potest. Ut ecce si apte natura servitus itineris est realis. Quod si in personam sine respectu ad utilitatem prædii Jus eundi per fundum tuum concedas, degenerat in servitutem realem. Item aquæ ductus est servitus realis, & tamen migrare potest in speciem servitutis personalis, si præcisè constituitur recreationis causâ, l. 37. ff. de J. P. R. Ita *Claviff. D. D. Franz* hic. *Vide in princ. Lauterbach. Colleg. ff. lib. 7. tit. 1. §. 5.*

## AD PRINCIP.

*Definitur* Usus - fructus, quod sit *ius utendi fruendi aliena re, saluâ manente ejus substantiâ. text. hic. & in l. 2. §. eod.*

Dicitur I. *Jus, b. s. facultas, & potestas re in usufructum data utendi, & fruendi, Manz. num. 2. Harp. num. 5. Mys. num. 2.*

Dicitur II. *Utendi*, per quam particulam differt usus - fructus à Jure Fignoris, hoc enim uti extra crimen furti non licet, §. i. *Inst. de oblig. ex delict. Mys. loc. cit. Secund. num. 7. Perz, hic.*

Dicitur III. *Fruendi*. Quæ vox fecerit usum - fructum ab usu, qui enim usum habet, uni solummodo, non frui potest, b. s. usufructus re in usum concessa tantum duntaxat percipere potest, quantum necesse habet ad quotidianam sustentationem. Contrà vero fructuarius omnes pignus fructus, omnes redditus, omnesque proventus percipere potest, quos res in usufructum data progenerat, l. 7. §. b. s. latius proinde patet usus - fructus, quam usus. prout latius DEO volente, *Tie seq. videbimus.*

Dicitur IV. *Rebus alienis*, res enim propria nemini servit. l. 3. §. *si usufr. petat* & per istas particulas differt usus - fructus formalis à causali, de quo paulo post hideremus.

Dicitur V. *Saluâ manente ejus substantiâ* his verbis duo præcipue ostenduntur. I. Versetur circa officium usi - fructuarii, quod videlicet re fructuaria ita uti frui debeat ne proprietatem deteriorem reddat, l. 9 §. 2. l. 13 l. 65 §. b. s. II Est quod usufructus in iis rebus propriè & verè constituitur, quæ usu non absumuntur, tales sunt *funde, aedes, jumenta, servi*. Usufructus enim est jus in corpore, quo sublatò, & ipsum tolli

necesse est *text. hic. Harp. num. 34. Manz. num. 9. Schamb. hic.*

*Dividitur* I. Usus - fructus in *Causalem* & *formalem*. Causalis est qui conjunctus est cum causâ sive proprietate rei. Talem usum fructum quilibet dominus habere dicitur, & de hoc nobis sermo non est. Formalis est, qui à proprietate separatus est, ita, ut apud unum sit proprietatis, apud alterum verò usufructus. *Chlusinger. Inst. b. s. q. 3. Harp. n. 22. & de hoc nos loquimur, inque*

*Dividitur* II. In *legalem* & *non legalem*. Legalis est, quem ipsa lex proxime constituit, sic constituit lex patri usum - fructum in bonis adventitiis filium. l. 6. *Cod. de bon. qua liber.*

Non legalis est vel *judicialis*, vel *conventionalis*. Ille est, quem Jux in judicii divisoris constituit, v. g. *familiæ heriscunde, censusmodi dividendo*; si enim res commodam divisionem non recipiat, solet Jux uni proprietatem, alteri usum - fructum assignare, atque decernere l. 6. §. b. s.

Conventionalis est, qui constituitur facto hominis, vel per actum inter vivos, v. g. *stipulationem, emptionem, venditionem, donationem, &c.* Vel per actum ultimæ voluntatis, ut in *testamento*, vel *codicillo*, expressè legendo usum - fructum, recentè hæredi proprietate. *Schwend. n. 2. §. 3. Franz. Inst. hic n. 2.*

*Dividitur* III. Usus - fructus in *proprius* & *improprius*. Proprius est, qui constituitur in rebus, quæ post usum salve manent, v. g. *domo, fundo, jumentis*. Improprius, vel quasi usus - fructus est, qui constituitur in rebus, quæ usu absumuntur, v. g. *vinhold, fumentis*. *Harp. n. 24.*

## §. USUS - FRUCTUS. I.

Q. hic, quibus modis constituitur usus - fructus? *Imperator, id pluribus modis*

de accidere I. *Per ultimam voluntatem*, 4. nimirum testator heredi suo relinquit proprietatem, & extraneo legat usum-fructum, *text. hic & l. 3. ff. h. II. Per actum inter vivos*, i. e. per *actiones*, stipulationes, *text. hic III. Per legem*, sive lex defuncto patri in bonis adventiciis filii-  
tam. utum - fructum attribuit l. 6. Cod. de bon. qua lib. IV. Per iudicem, quando Iudex in iudicio divisoris unum usum-fructum alteri proprietatem adjudicat l. 6. §. 1. ff. h. V. *per longi temporis prescriptionem* puta, decennio inter presentes, vicennio vero inter absentes, l. fin. Cod. de prescript. long. temp. ita tamen ut cum persona prescribentis exungatur; in perpetuum enim ususfructus constitui non potest, ne proprietas reddatur inutilis. S. h. mid. n. §. De Jure Austriaco in servitutibus praeter his requiruntur 32. anni N. O. ff. Landt. Ordnu. de servit. in or. §. 3.

Wie auch i. e. *Uti etiam legitima* 32. annorum prescriptione, & §. 14. his verbis, *Vel etiam uti usu longo &c. prescriptio 32. annorum obtinuit.* Concordat Nov. Austr. Landt. tafel, 32. h. a. verbis: *quod autem alia jura veluti servitutes, jura venationis &c. attinet: volumus juxta veterem consuetudinem usumque regionis. his species singulas omnesque una lege contineri, quae statuuntur, et sub l. c. n. Ecclesiastico immo seculari. quae tibi una op. n. gnare voles, id inter annos 32. per te optinere, et per me praesens legitimum tempore esse praecipuendum.*

#### AD VERB. NE TAMEN

Cum valde ridiculum foret, aliquem appellari dominum alicujus rei, si iam verò illa re uti frui, omneque inde pertinere utilitatem, & sic proprietatem in rem fieri, ideo imperator certos modis constituit, quibus modis extinguatur usus - fructus, quia de re §. 3. b. 1.

#### §. CONSTITUITUR 2.

Q. In hoc §. *in quibus rebus constituitur usus-fructus?*

Ut rem bene resolves, pro regula tenendum, usum-fructum posse constitui in omnis generis rebus, quarum natura fructioni est accommodata; sive sint immobiles, ut fundi, agri, &c. sive mobiles, ut servi, jumenta, status, imagines, numismata, &c. *text. hic. Clariss. D. D. Franz. n. 11. Harp. n. 1. Vinn. num. 1.* Sive corporales, sive incorporales. Schneid. max. 1. Ratio non est alia, quam quod ex omnibus istis rebus possit percipi aliqua utilitas, & commoditas. Mynsing. & Manz. ibi.

Excipiuntur à Regula res illae, quae usus consumuntur, ut sunt res fungibiles, quae non lere, numero, vel mensura constant, v. g. vinum, oleum, frumentum &c. Ratio genuina est, quia natura usus-fructus est, ut quis ita utatur fruatur, ut salva maneat rei, & corporis substantia, puta h. a. & l. usu. fin. 9. quoniam adm. cau. atqui rebus fungibilibus ita uti frui non possumus, cum earum usus omnis in abusu consistat, & nulla inde haberi possit utilitas, nisi absumentur, ergo &c. Mynsing. n. 3. Vinn. loc. cit. Harp. n. 3. Ratio alia est hinc, quia rei propriae nulla datur servitus l. 5. ff. usufr. perat. Sed, qui res illas fungibiles accipit utendi fruendae, sic earum dominus, & proprietates transiit in usufructuarium, l. 7. ff. de usufr. ear. rer. quae usu ob. um. ergo servitus in iis non potest constitui. Manz. num. 5. hic. Wessing. ibi. n. 5.

Deià procedunt de vero usufructu, ita ut verus usus-fructus in rebus fungibilibus constitui nequeat; sed, ut est de quasi, sive improprio usu fructu, talis enim utilitatis causa (ut ait textus) etiam in rebus fungibilibus constitui potest.

tamen si talis usus potius abusus dici possit. *Schwend. n. 4.* Sed *non*, in quo consistit memorata utilitas?

¶ In eo consistere, ut voluntates hominum sortiantur exitum, l. 5. *Cod. de SS. Reclis. Harp. n. 5.* & alias in jure propter utilitatem multa contra strictas iuris regulas introducta sunt, l. 51. *ad Leg. Aqual. l. 3. Cod. de acq. & restituend. poss. Franz. Inst. b. t. p. 2. n. 2.*

- 9 Q. I. An quasi usus-fructus alicuius pacto, & contractu constitui possit?

Sunt, qui quasi usum-fructum non nisi per actum ultimarum voluntatum constitui possit, autumant.

I Quia Imperator hic de eo dominum casu agit, quo quasi-usus fructus testamento constitutus est.

II. Quia alias nulla esset inter mutuum, & quasi usum fructum differentia, atque adeo perpetua confunderetur.

Verum contraria Opinio verisimilior est, eamque propugnant *Arum. exercit. 1. lib. 17. Fuch. 2. cont. 11. Vm. Inst. lib. n. 3. Harp. n. 7.*

Ratio, quia quasi usus fructus ad similitudinem veri usus fructus constituitur, §. 2. *Inst. b. t.* atque verus usus-fructus constituitur pacto, & stipulatione, §. 1. *cod. ergo, &c. Accedit*, quod commode differentiae ratio reddi non possit, quominus in quasi, quam vero usu fructu stipulationes adstantur.

Ad I. igitur idcirco Imperatorum de legato quasi-usu fructu loqui, quia ab experientia constat, usum fructum plerumque in testamento constitui.

- 10 II. Ex educatione differendae inter mutuum, & quasi usum-fructum de seipso sunt. Nam I. in mutuo reddenda res ejusdem generis, & bonitatis, l. 2. l. 3. §. de R. C. In quasi-usu-fructu vel res ejusdem generis, vel ejus aestimatio §. 2. *Inst. b. t. l. in mutuum non veniunt, Keer ad Inst. titula.*

nisi res fungibiles, d. l. 2. §. 1. In quasi-usum fructum etiam res aliae, puta, vestes, d. §. 2. III. Mutuum quovis tempore repeti potest, rei vero usufructus aestimatio non, nisi usufructuario mortuo, aut capite diminuto. *Hammold. de J. & J. tem. 1. tit. 3. cap. 2. cont. 2. §. 6. n. 137. Schemb. de arbit. Jud. l. 2. cens. 1. cas. 22. num. 4. Clarff. D. D. Franz. loc. cit. n. 5.*

Q. II. An usus-fructus vestimentorum sit verus, vel quasi talis? Vehementer variant hac in re D. D. Sunt, qui statuent; verum usum-fructum in vestimentis constituit. Ita *Zach. ff. de usu-fruct. ear. rer. quae usu absum. n. 3. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. ab. 16. lit. A.*

Moverent I. per l. 1. §. 1. ff. de usu-fr. ubi is, cui usus fructus vestimentorum legatus est, ita debet uti, ne abutatur; ergo signum est, quod sit verus usus fructus; in quasi enim usu fructum licet abuti.

Moverent II. per l. 9. §. 3. ff. de usu fru. *Sum. quemadmod. cau. ubi vestis post usum-fructum dicitur reddenda esse; ergo, non est quasi usus-fructus utpote in quo res per usum absumitur.*

Sunt alii, qui docent, in vestibus constitui quasi usum fructum, ita *Hamm. ad Treutl. loc. cit. & var. resolut. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fuch. hb. 8. cont. 41.*

Producunt pro se hunc nostrum §. 1. ubi inter illas res, in quibus quasi usufructus constitui dicitur, reconstituitur etiam Vestimenta.

Alii distinguunt inter vestes quotidianas & vestes scenicas, nuptiales, lugubres, &c. quarum perrarius est usus. In illis quasi, in his verum usum fructum constitui opinantur, ex ratione, quod vestes scenicae, nuptiales, & lugubres tempore potius, quam usu absumuntur; sicuti ergo in navi verus usus-fructus ideo constitui dicitur, quia tempore potius, quam usu.

translucitur, l. 12. §. 1. h. t. Ita etiam dicendum in verbis sciens, &c. ideo contrariū verum usum-fructum, quia talis ob perarum usum tempore potius, quam usu absumuntur. Huic *Sententie* ad stipulantur *Harp. prm. Inst. h. t. num. 26. Franzk. p. 2. Inst. h. t. n. 4.* Cui & ego libenter subscribo; nolui tamen, de me falsum iudicium ferre, atque tibi persuadere, nonetiam placere doctrinam *Vinnii*, hac de re solide discurrentis, quem vide *Inst. hic*.

Sed, quis refert, verus, an quasi-usus-fructus sit? Hoc refert I. quod in qn. a usu-fructu proprietas transeat in fructuarium, l. 7. §. h. t. II. Quod verus usus-fructus non utendo amittatur; non etiam quasi tales; ratio, quia in quasi-usu-fructu transferatur dominium in fructuarium, qui proinde pro libero arbitrio eo tem. uti putat.

*Porro*, cum Imperator proprietario, ut de proprietate securus sit, cavere velit, ideo sistamus gressum, & inquiramus in naturam huius cautionis; quæ ipsa cautio aliter sit in vero, aliter in quasi-usu-fructu.

12 In vero usu-fructu duo capita continet. Id est, ut usu-fructuarium caveat, se usum pro boni viri arbitrio, h. e. non deteriore se facturum rem in usu-fructum concessam, sed ita usum, ac si propria foret.

II. Est, ut caveat, se finito usufructu proprietatem restitutum, l. 2. §. usufructus. *quemadmodum. caru. Brunneri. ibi. Harp. num. 31. Schneid. num. 3. Obtingenpurg. Inst. h. t. §. 8.*

13 In quasi-usu-fructu ista cautio unum duntaxat caput continet, omnium se finito usu-fructu non eandem rem, eandem curam, quæ accepit, sed cunctandem, aut estimationem eorum restitutum, d. l. 1. §. l. 4. *Cod. de usufructu. item 7. ff. de*

*usufructu. par. rer. que usu absumunt. l. 1. §. 1. p. 2. vel quæst. 26. num. 1. Harp. Schneid. loc. cit. Zos. si usufructum quemdam caru. n. 1. Ratio autem, quod, in quasi-usu-fructu una duntaxat cautio præcitur, est, quia in q. usu usufructu transfertur dominium, adeoque pro arbitrio de re, in quasi-usu-fructum concessa, disporre potest, quilibet enim est rerum suarum moderator, & arbiter, l. 21. *Cod. Mandati.**

Q. III. An ista cautio sit de substantia veri? Et proprii usus-fructus; an ut, si illa præstata non sit, usus-fructus non censatur constitutus, nec usu-fructuarium fructus suos faciat?

§. I. Indubitatum esse, quod fructuarium ad petitionem proprietario necessario debet istam cautionem præstare; alias in illam non præterit, fructus non facit suos, & frustra agit ad usum-fructum constituendum. l. 6. §. ut in poss. *leg. l. 13. ff. de usufructu. §. l. 4. Cod. eod. Brunneri in d. l. 13. Vinn. Inst. hic. n. 4. hb. 2. obs. 47. Perez. ut Cod. de Usu-fructu. §. Zos. ff. cit. loc. num. 4.*

§. II. Communi calculo in D. D. obtinere, istam cautionem de substantia veri usus-fructus non esse, adeoque fructuarium facere fructus suos, si per eum non steterit, quod minus satis dederit, forte quod proprietarius illam non exegerit, vel conventionis expressæ remissum, in *Zos. loc. cit. n. 5. Perez. loc. cit. n. 6. Gail. loc. cit. n. 1.*

Ratio sola, sed solida est, quis potest ab herede remitti, l. 71. §. ad leg. *Falcid. D. D. §. Brunneri in l. 1. Cod. de Usufructu.* Imo in variis casibus ab ipsa lege remittitur; sic l. pater, habens usufructum in bonis adventus sui filii, propter reverentiam paternam non præstat istam cautionem, l. fin. §. 4. *Cod. de bon. que liber. II. l. 1.* qui omnia sua bona



bona donavit, & usum-fructum sibi reservavit, etiam si iam non præstat, l. 29. §. 1. ff. de Re pteas. III. Fructus quoque, si ex usus-fructus legatus sit, etiam non præstat, l. 1. §. 18. ff. ut legat. nomine cav. Si itaque in istis, & pluribus aliis casibus, quos enumerat *Glossæ l. cit. num. 1.* ab ipsa lege remittatur prædicta cautio; si præterea ab hærede potest remitti, quis est, qui eam de substantia veri usus fructus non esse, non intelligat?

- 15 Q. IV. An ista cautio sit de substantia quasi usus-fructus? R. Communiter obicit, illam esse de substantia, *Gall. lib. 2. obs. 45. num. 3. Schæff. l. i. h. 2. Bachov. ad Treutl. vol. 1. dist. 16. rh. 5. lit. P. Aruma. Exercit. §. rh. 20. Huan. lib. 2. var. resal. tract. 2. q. 30.*

Probant hanc Opinione. I. quia ista cautio succedit in locum proprietatis, adeoque si remitteretur, nulla esset apud constituentem proprietatis, sine qua nullus usus-fructus potest constitui.

II. Per §. 2. *Inst. hic.* in illis verbis: *ut tamen eo nomine hæredi nulliter caveatur.*

Sed *negativa* verior est, eamque docent *Zuef. ff. usu fruct. quemad. cav. n. 8. Harp. num. 18. Perez in Cod. d. 1. n. 9. Vinn. Inst. hic. n. 4. Fach. lib. 8. cap. 43. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 5. S. Hamb. Inst. hic.*

Probatur per *differt. text. l. 1. §. 1. ff. de usufr. var. ver.* qua usu absum ubi, licet cautio non intervenerit; dicitur tamen quasi usus-fructus finitus & extinctus esse; ergo signum est, quod quasi usus-fructus constituit, quod enim nullam est, finiri, vel extinguere non dicitur; *erg. l. 116 ff. de V. O.*

Ad I. R. Non cautionem in locum proprietatis succedere, sed ipsam obligationem, qua fructuarius adhaerens est,

restituere tantundem, vel assimilationem. *Vinn. & Perez. lo. cit.*

Ad II. dico d. §. 2. loqui de necessitate præstantis cautionis, ex hypotheli scilicet, si exigatur.

Sed *Obijciat*, adhuc, l. 1. Cod. de Usufr. ubi aperte sancitur, testatorem non posse hanc cautionem remittere; ergo *ignum* est quod sit de substantia.

R. Utro me concedere, à testatore præfaram cautionem remitti non posse; ergo est de substantia quasi usus fructus? nego *conseq.* Non Q. hic. an testator, sed an hæres illam cautionem possit remittere? Et *decidemus*, hæredem posse illam remittere, non verò testatorem. Ratio, quia ista cautio in iuncta est in favorem hæredis, cui favori hæres, non etiam testator in præiudicium hæredis renunciare potest. Vnde *pauit* hac de re *discurrunt Glott. pars. 2. q. 26. per tot. Vinn. selsch. quæst. l. 1. q. 29. Zoc. loc. cit. n. 6. Gall. l. 2. obs. 145. Huan. var. resal. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fach. lib. 8. cap. 42. Brunneum. in l. 2. §. 7. Cod. ut in poss. legat.*

### §. FINITUR 3.

\* Dicitur *supra* §. 1. fuit, ne inutilis reddatur proprietas in universum, placuisse, ut usus-fructus certis modis extingueretur, & ad proprietatem reverteretur.

*Extinguatur* itaque l. Morte naturalit. Text. hic. l. 3. §. fin. & l. 3. Cod. de usufr. Quoniam ius utendi fruendi est personale, personalis autem personam non egrediuntur. Itaque ad hæredem non transit usus fructus, l. 3. §. fin. ff. quib. mod. usufr. amitt. Nisi id expresse inter partes convenitur, aut à testatore expressum sit, ut usus-fructus quoque in hæredes transmittatur; quo ipso tamen casu singulariter notandum, quod, licet

alias in Jure nostro hæredis appellatio non tantum ad proximum hæredem sed etiam ad ulteriores referatur, l. 65. ff. de V. S. Hoc tamen casu ad primum hæredem usufructuarii, non etiam ulteriores producatur usus-fructus, l. 14. Cod. de usu-fruct. Retio est? ne proprietas reddatur inutilis. Ita docent *Schneid. hic. Gomez. var. resolu. tom. 2. cap. 11. n. 20. Vinn. hic. Harp. num. 5. Zoef. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. Mantie de conquest. ult. volent. l. 8. tit. 14. n. 21.*

27 Q. V. Quid Juris? si Ecclesia, Civitas, Municipio, Universitati, vel Republica usus fructus relinquatur? R. Talium usum-fructum centum annorum lapsu extinguitur, quis in finis vite longum hominis est, l. 56. ff. de s. Harp. n. 6. *Schneid. num. 5. Gomez. loc. cit. Bachov. ad Trentl. vol. 2. dist. 16. ibi 15. lit. A. Zoef. ff. loc. cit. n. 6.* Quod si civitas ante 100. annorum revolutionem extiterit, aut (prout olim Carthagini a Romanis contigit) solo aequari eveniat, usus-fructus quasi morte civitatis expirat, l. 21. ff. quib. mod. usufr. amitt. ad A.

II. Expirat usus-fructus morte civis, quam inducit maxime, si medio capite diminuitis, si nimirum usu-fructuarius libertatem, vel civitatem amittit, *ante. hic. Et l. pen. §. fin. Cod. de i. Ratio, quia capite minuti pro corpore habentur, l. 59. §. ult. ff. de condic. Et demum. Mon. n. 3. hic.*

Minima capitis diminutione, puta, amputatione, arropatione, tamen si olim usus-fructus sublatu fuerit, l. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. hodie tamen non tollitur, l. pen. Cod. de Quoniam amittet civis Romanus, nec habetur pro mortuo. *Mant. n. 4. Vinn. hic. n. 2. Harp. n. 10. Schneid. num. 5. Brunner. m. d. l. pri. Zoef. ff. loc. cit. num. 15.*

28 Q. VI. An pater monasterium ingrediens

amittat usum-fructum, quem habet in bonis adventitii filii familiaris?

In utramque partem ventilam est celebris. Et perquam utilim hæc *Controversia* equo verò

Sunt non infamæ nocte AA qui affirmant suffragentur, quibus se allocat *Fach. l. 6. cap. 12 & plures alii d. Gomez. ad leg. Tauri 48. num. 8. allegant.*

Movenitur I. (inquit) pater in bonis adventitiis filiiam habet usum-fructum, quia eundem habet in potestate, patris ergo ideo admittit usum-fructum, quia per ingressum religionis tollitur patris potestas, pater enim transit in potestatem Abbatis, ut proinde alium in potestate sua habere nequeat. *arg. prin. Inst. quib. mod. Jus patr. potest. solv. Et l. 21. ff. leg. Jul. de adul.*

Movenitur II. quia ingrediens monasterium habetur pro mortuo, l. 56. Cod. de Episcop. Et Cleric. ergo usus-fructus extinguatur.

Movenitur III. Si in posito casu monasterium retineret usum-fructum, tunc retineret jure cessionis, sed usus-fructus cedi non potest, §. 3. Inst. loc. ergo monasterium non retinet usum-fructum.

Verum hæc *Argumenta* tamen non sunt, ut me in sui deductionem trahant, placeat mihi *Sermonem contrarium*, puta quod pater usum-fructum non amittat, sed ad monasterium transferat, Ita tamen docent *Gomez. in leg. Tauri 48. n. 8. Harp. Inst. loc. num. 15. Zoef. ff. de usu-fruct. legato. Chirac. Inst. h. t. n. 16. Brunner. ad auct. ingress. Cod. de SS. Eccles.*

Ratio hujus Sententia evidens est, quia pater, licet monachus factus, adhuc tamen naturaliter vivit, nec desinit esse civis Romanus, ergo durat usus-fructus, & defectus monasteria, juxta *auct. ingress. de SS. Ecc.* ubi ingressus monasterium bono-

honorum capax omnia, quae habuit; monasterio desert.

*Consequenter* nostra *sententia* hoc valido argumento: si in casu subjectae questionis usus-fructus amitteretur, & ad proprietatem transiret, esset haec ratio quia per ingressum religionis solvatur patria potestas: sed haec ratio nihil probat; ergo usus-fructus non amittitur. *M. u. q. 64. d. per l. ult. Cod. de usufructu* ubi non obstante, quod patria potestas per maximum, vel mediam capitis diminutionem, vel per emancipationem solvatur, usus-fructus tamen patri non intersumptur; ergo (dato, non concessio) quod per ingressum religionis solvatur patria potestas, malè tamen, & perperam inferitur, usum fructum amitti.

*Argumenta contraria* nullo labore profleuntur. I. Exinde ruit, quia negatur suppositum, per ingressum religionis dissolvari patris potestatem praecipue quoniam hic coratur religionis favor, in favorabilibus autem per monachismum non solvi patris potestatem diximus, l. 1. *ut quib. mod. ius patr. potest. solv. qu. 2.* Deinde transcat, in nostro casu per ingressum monasterii tolli patriam potestatem, nihil tamen hoc ad rhombum facit. *d. l. ult. Cod. de usufructu.*

Ad II. ingressum in religionem haberi pro mortuo in aliquibus, v.g. *secundu reglunde*, & in iis, quae monasterio odiosa sunt; non vero in omnibus, prout *ex cit. l. 56.* luculenter patet, ubi discrete sanctorum, quod tunc ius succedendi ab intestato, &c.

Ad III. dico, *neg. mag.* quia potius ius identitatis retinet usum-fructum, cum pater & monasterium sint quodammodo una, eademque persona, prout pater, & filius una persona in iure nostro esse dicuntur, l. ult. *Cod. de insep. & alius scribitur.* Deinde quando non dicimus,

quod usus-fructus cedatur monasterio, non intelligimus illam cessionem quoad ius (hoc enim residet apud monachum factum, & per mortem ipsius expirat. *Gomez. loc. cit.*) sed quoad commoditatem, prout extensus usus-fructus rectè ceditur, quemadmodum adhuc hoc in §. *laicus nudamur.*

*Dico:* si pater emancipat filium suum, tunc tantummodo dimidia pars usus-fructus manet apud patrem, ergo etiam hic, quoniam videtur quasi emancipatio intervenire, aut patet ex §. 2. *Inst. per quas person. cuique acquir. 11.* Id speciale esse in emancipatione. Deinde *neg. & perneq.* in nostro casu intervenire emancipationem.

III. Amittitur usus-fructus non uti-<sup>19</sup> do re fructuaria, quod tribus modis contingit.

I. Si omnino non utatur & frustor h. e. nec ipse, nec alius ejus nomine, l. *per. Cod. b. s.* is enim non uti dicitur, qui nec per se; nec per alium utitur, l. 38. *f. b. s.* unde, qui locat vel vendit usum-fructum, puta, quod commoditatem, is quoque uti-frui intelligitur, *d. l. 28. & l. 39. cod.*

II. Non uti intelligitur, si non utitur per modum, & tempus, à proprietario praestitum, puta, si sedibus utatur *estate*, quarum usus-fructus relictus est, ut hyeme illas inhabitaret, *test. h. c. & l. 1. c. f. quib. mod. usufr. amitt.* Ubi paria esse dicuntur, non uti, & non uti modo debito, *Marx. n. 8. Pinn. num. 2. Harp. n. 22.*

III. Non uti dicitur, si quis habens usum-fructum tantum utatur, putans, tantum usum se habere, l. 20. *f. d. 2. Schenk. h. c. Franz. h. mon. 32. Zosf. f. d. 1. n. 17.*

Q. VII. Quanto tempore usus-fructus non utendo amittatur? *P. 2. de iure communi*

rauni decemdo inter praesentes, & inter  
inter absentes, l. pen. Cod. *De servitut. ita*  
*Glisse pars. 2. select. quasi 25. B. h. ad*  
*Trent. vol. 1. disp. 36 ibi 14 h. H*  
*Schneid. num. 7. Clariss. D. D. Franz. loc.*  
*cit. num. 34.*

Nec tenetur proprietarius monere usus-  
fructuarium ut eo utatur, adeoque ei  
cum mala fide praescribere potest; sicut  
in servitutibus rusticis contingit, l. cor-  
ruptionem 16. Cod. de usu fruct. *Obli-*  
*gatio. Inst. hic. quasi. 16.*

Non obstat l. 16. §. 1. Cod. b. t. Uti  
tanto temporis spatio amitti dicitur usus-  
fructus, quanti temporis exceptio obstat  
dominium vindicanti, quod tempus est  
triennium, *prim. Inst. de usucap. 22. enim d. l.*  
*16. §. loqui de re mobili, quoniam dis-*  
*tinctio inter praesentes, & absentes ad*  
*res mobiles praescribendas non spectat,*  
*prout tit. 6. hujus lib. DEO dante audie-*  
*mus.*

De Jure Austriaco usus-fructus non  
videtur amitti, nisi 32. annis, prout in  
*stat. praed. dictum est.*

IV. Amittitur usus-fructus rei interi-  
tu, v. g. si pedes in usum fructum con-  
cessi incendio consumpta sint, vel si ex  
agro siagnum, ex vinea pratum saltum  
sit, *text. lnc. Et l. 7. §. 2. Et 3. ff. quib.*  
*mod. usus-fruct. amittit* Usus-fructus enim  
est Jus in corpore, quo sub ar. & ipsum  
tolli, necesse est, *prim. b. t. Et l. 2. ff. d.*  
*s. Clariss. D. D. Franz. n. 29 Harp. n. 49.*  
ubi sub *num. 52. dicitur*, usus-fructu quadri-  
ge legato, illum extinguere, si unus ex  
equis decederit, eo quod quadriga ef-  
se desinat, l. 10. §. ult. ff. d. t.

20 Q. VIII. An domo destruita conser-  
vetur usus-fructus in area? Vixeris primo  
intuitu; quod sic. I. Quia area est pars  
domus; si autem res fructuaria pro parte  
tantum pereat, tunc in parte residuum  
manet usus-fructus.

II Quia, non cessante, quod ad domum spectat, pignus tamen manet in area, l. 21. ff. de pignorat. atq. ergo etiam non cessante quod ad domum spectat, usus-fructus tamen manebit in area.

Verum negatur, & decidendum per *text.*  
*lnc. Et ne area quidem usum fructum debeat.*  
Idem habet, l. 5. §. 3. ff. quib. mod. usus-  
fruct. amittit Ratio est, quia non area,  
sed aedium usus-fructus ad inhabitandum  
consecratur relictus. *Manz. num. 96. Harp.*  
*num. 56 Myusung. num. 11.*

Ad I. neg. aream esse quidem partem  
domus, sed non talem, in qua consecra-  
tur usus-fructus constituitur.

Ad II. nego paritat. Ratio differentiae  
est, quod usus fructus solet constitui  
in re fructifera, qualis non est area.  
Contrà pignus etiam constitui potest su-  
per re sterili, & non fructifera.

Q. IX. An reedificata domo reviviscat  
usus-fructus? neg. negativè. Quia domus  
reedificata est alia domus, & usus fructus  
semel extinctus non amplius reviviscit.  
*l. 10. §. 1. ff. d. t. Sarras. consil. 155.*  
*num. 5. Chlengenberg q. 17. Pium. n. 5.*  
*Harp. num. 52.*

Dices: si domus collapsa reedificetur,  
reviviscat servitus tigni immittendi, stil-  
licidi, &c. l. 20. §. 2. ff. de S. P. U. er-  
go etiam usus fructus. *neg. conc. ant. nego*  
*conseq.* Disparitas est, quia usus-fructus  
est legi invidiosus, adeoque, ne  
proprietas semper inutilis exultat, facilius  
extinguntur servitutes personales, quam  
reales, *Harp. §. 1. Inst. de servit. n. 22.*

V. Amittitur usus-fructus Cessante,  
si nimirum usu fructuarius Jus suum do-  
mino proprietatis cedat, *text. b. t. Et in*  
*l. 66. ff. de Jure dot.* tunc enim proprie-  
tarius hic plenus dominus rei, atque adeo  
usus fructus extinguitur, res enim pro-  
pria nemini servit, l. 26. ff. de S. P. U.  
*Manz. n. 11.*

21 Q. X. An usus-fructus possit extraneo, b. e. ab i, quam domino proprietatis cedi, vendi, donari, locari, in dotem dari? *¶* Distinguerendum est, an usu-fructuarius vel tantum commoditatem, & lucrum cedere, an vero ipsam Jus personale? Si prius, poterit usum fructum cedere, vendere, donare &c. qui enim per alium untur, ipse uti intelligitur, l. 12 §. 2 ff. b. e. Si posterius, cessio erit inutilis *text. hic*, nam cedendo extraneo, nihil agitur, l. 65. ff. d. Jure dot. Ratio est, quia usus-fructus est Jus personale, ossibus fructuarii ita inherens, ut inde avelli non possit. Unde sua sponte fluit, usu-fructuarius, cedendo usum-fructum, facere non possit, ut cum morte cessionarii expiret. Vide *Zaf. h. t. n. 22. Bachov ad Treutl. loc. cit. th. 10. lit. A. Hunn. ibid. Hirp §. 1. l. 1 h. e. n. 16. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 15 n. 17.*

Q. XI. An, si usu-fructuarius extraneo usum fructum, etiam quoad Jus personale cesserit, amittat usum-fructum? *¶* Negative *Zaf. loc. cit. n. 26. Hirp. n. 4. hic. Wjens in parat. h. t. n. 5. Minz n. 12. Clar. ff. D. D. Franz n. 31. Dufent. Hunn. var. resol. lib. 2. tract. 2. q. 32 Gomez loc. cit. n. 17. Covar. var. res. lib. 1. cap. 8. num. 7.*

Ego prima Sententia lubens adstipulor, tum ob *text. §. 3. hic*, ubi expresse dicitur, quod cedendo usum-fructum extraneo, nihil agatur b. e. cessio nulla, & inutilis sit, adeoque nihil operetur. Tum quia poenae privationis non habent locum, nisi in casibus expressis, Nov. 2.

cap. 3. Tum denique quia non praestas impedimentum, quod de Jure non sortitur effectum c. 52. de R. J. in 6. cum ergo talis cessio de Jure non subsistat, non potest praestare impedimentum.

Ob l. 66. ff. de Jure dot. ubi in hac verbi describitur: *Extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversionem.* *¶* Ly. reversionem non ita debere intelligi, ac si usus-fructus strictim cessione facta reverteretur ad proprietarium, sed de tempore futuro, si videlicet usus-fructus per mortem, vel per aliam causam expiraverit.

Urget: ineptum est dicere, facta cessione extraneo, morte fructuarii ad proprietarium redire usum-fructum; hoc enim jam ante satis constat, ut id ex d. l. 66. primum erui non debeat. *¶* Quod idem ad *textum. d. l. 66.* respondeatur, morte demum fructuarii usum-fructum ad proprietarium redire; ut intelligatur, quod per cessionem, extraneo factam, nullum damnum proprietario inferatur, Alia cerussa d. l. 66. decubat Schamb. *hic.*

VI. Expirat usus-fructus consolidatio, si nimirum usu-fructuarius rei fructuarie proprietatem acquirat, tunc enim fit ejus plenus dominus, adeoque res propria nemini servit. *Manz. n. 22.*

### §. F I N I S.

Effectus usus-fructus finiti est, quod reverteretur ad proprietatem, & sic ex usu-fructu formali fiat causalis. *sent. sup. §. D. D.*

## TITULUS V.

## DE USU ET HABITATIONE

## SUMMARIA.

- 1 *Quid sit usus?*
- 2 *Quomodo differat ab Usu fructu.*
- 3 *Usuarius commoditatem alteri non potest cedere.*
- 4 *Limitatur, si usus hostilis foret.*
- 5 *Qui usum aditum habet, potest und cum conjuge, & liberis inhabitare.*
- 6 *Qui usum pecorū habet, an laico, laica, aut fœcu uti possit?*
- 7 *Quid sit habitatio?*
- 8 *Quomodo ab usu & ab usu fructu differat?*

## CONTINUATIO

**T**res esse species *Servitutis personalis*, dictum *supra*. Postquam unam illarum absolvimus, nunc de *secunda* & *tertia* recta methodo agemus, puta, de *Usu* & *Habitatione*.

- 1 *Usus nihil est aliud, quam Jus utendi rebus alienis salvo earum substantia, ut ita ab usu-fructu non multum distet, prout in sequentibus videbimus.*

## AD PRINCIP.

**Q.** hic in quibus conveniat usus cum usu-fructu? ad quod responderi potest I. quod usdem modis constituatur usus, quibus usu-fructus. II. Quod iisdem etiam modis finatur usus, quibus & usus-fructus. III. Quod iisdem quoque in rebus constituatur, tam in immobilibus, quam mobilibus. IV. Sicut usus-fructus in rebus immobilibus propriè, fungibilibus verò impropiè consuevit, ita & usus. V. Sicut usufructuarius cavere debet de utendo secundum arbitrium bo-

ni viri, & tantundem restituendo, & usus rei, quæ usu consumuntur. *l. 1. de fungibilibus constitutus sit. Schmid. n. 3. & seqq.*

## §. MINUS I.

**Q.** in hoc §. in quo differunt usus, fructus, & usus? *Re. Imperator* in eo, quod minus Juris sit in usu, quam in usu-fructu sive quod pinguius Jus habeat usu-fructuarius, quam usuarius, habens enim usum fructum habet quoque usum; atqui nudum usum habet, Jus fruendi non habet, *l. 14. §. 1. ff. h. r.* Usu-fructuarius igitur potest re uti, frui, spectantque ad eum omnes fructus non tantum pro necessitate suæ personæ, & familiæ suæ, sed etiam reliqui fructus efficiuntur ipsius, ita, ut eos vendere, & alienare possit pro libitu, nec tenetur superfluos fructus domino proprietatis restituere, *lib. 7. l. 9. ff. de usufr.* Contra usuarius tantum uti potest fructibus non frui, *h. r.* non potest omnes fructus percipere, sed tantum illos, quos habet pro sua familia ad quotidianam necessitatem necessarios, reliquos domino proprietatis restituere tenetur, *text. hic.*

Deinde, qui usum-fructum habet, potest commoditatem, & utilitatem fructuum alteri locare, vendere, donare, &c. Usuarius verò commoditatem, & utilitatem Juris sui alteri cedere non potest, *l. 11. ff. h. r.* Ratio, quia usus tantum præstat, quantum ad victus necessitatem sufficit, ergo non potest à persona separari, quia subinde una persona plus indiget altera, ut proinde in alia persona alius usus foret. *Manz. n. 7.*

*Limitatur*, ut procedat, nisi usus omnino vanus, & inutilis foret, si commoditas

ditas non vendatur, aut alteri locetur ; ſeo enim, quòd aliquis h. beret uſum ſylvæ, quæ tam remota eſt, ut tantundem provecturis impendi oporteret q. ſti alias ligna emerentur, hocin caſu ſcet uſuario cedere ligna, & vendere Ratio, quia alias nihil utilitatis haberet ex uſu. *Manz. num. 10. & Schenck. num. 9. H. p. numer. 7.*

## §. ITEM 15. 2.

5 Qui ſolum uſum habet, ipſe quidem eſt inhabitare, ad alium autem transferre earum uſum nullo modo poteſt, *text. hic. & in l. 8 ff. h. t. admittitur tamen una & conjux, & liberi, & familia, text. hic. & in l. 2. ff. h. t. quia eorum quorum difficultis ſeparatio, uſum habere licet, S. hamb. hic. Hoſpitem recipere uſuario vix licet, ait text. hic. Ratio, quia perſonalia perſonam non egreduntur. Dixi vix; ex æquo enim, & bono, quaſi commiſerationis causa, receptum eſt, ut hoſpitem, vel inquilinum recipere liceat, l. 2 ff. h. t. *Manz. num. 5.**

## AD V. ET CONVENIENTER.

Q. Quid ſi mulier uſum adijum habent ; poterint cum ea habitare maritus ?

Videtur quòd non. Ratio dubitandi, quia uxor ſequitur virum, non contrò ; & dignus trahit ad ſe minus dignum, non contrò.

Hoc tamen non obſtante, contrarium deciderit Imperator : ratio ; ne ei matrimonio carendum foret. cum uti vult domo, l. 4. ff. h. t. *Manz. num. 9.*

## §. ITEM 15. 13.

Qui uſum ſervi, vel jumenti habet, ipſe ſolus opera ejus uti poteſt, alteri concedi non poteſt. Quamvis nihil referat, utrum opera jumenti utatur in re ſua, anvero in opere alieno quod exp.

*Rees ad Inſtituta.*

dicendum conduxit, lib. 16 §. ſec. & l. ſeqq. ff. h. t. *Schamb. hic.* Plane, ſi alias ulus nula eſſet utilitas, poterit & rei uſuarie opera aliis concedi ; in enim ſemper interpretari debemus uſum, ut aliquid proſit, lib. 20. ff. h. t. Fac ergo, quod uſum unius havis habeas, poteris cum alteri commodare ad arandum, ut curſus tibi commodet uſum. *Schamb. hic.*

## §. SED ET 1. 4.

Qui uſum pecoris habet, neque lacte 6 neque lana, nec fortu uti poteſt, Ratio, quia hæc in fruſtu ſunt.

Dices : Quid ergò proderit ei uſus pecoris ? R. quod ad ſcercoſandum agrum iis uti poſſit, *text. hic.* Planè, licet poſter §. indiftinctè ſanciat eum, qui uſum pecoris habet, neque lana, neque fæca uti poſſe. lib. 12. §. 2. ff. h. t. tamen modico lacte utendi uſuario licentiam tribuit, quantum ſcilicet ad neceſſitatem opus habet, ut proinde *Textus hic* intelligendus ſit. quod non poſſit uti lactè, lana, &c. ad compendium, & voluntatem. *Schamb. hic.*

## §. SED ET CUI. 5.

Tractatur in hoc §. tertio a ſpecie ſervitutis perſonalis ? nimirum *Habitatio*, quæ eſt *ſer. habitandi in ædibus alicuius, ſalva earum ſubſtantia.* Haui inepite additur clauſula, *ſalva earum ſubſtantia* ; quia habitator quoque ad inſtar fruſtuarii, & uſuarii cogitur ſatisſicare, ſe uſum domo boni viri arbitrio, ut eam deterior non reddat, ſarta teſta habeat, acque reſiciat ; habet enim habitatio magnam ſimilitudinem cum uſu, & uſu-fruſtu, quam deinde allegabo ; prius tamen

*Obſerva*, commoditatem domus poſſe legari, vel conſtitui alteri tribus modis. I. Relinquendo uſum-fruſtum domus,

I i &

& tunc restringitur habitatio ad naturam usus-fructus. II. Relinquendo nudum usum domus, & tunc restringitur ad naturam usus, ut scilicet is, cui sic legatus est usus domus, eam alteri locare non possit. III. Relinquendo habitationem domus, & tunc, licet aliquod participet de usu, & usu fructu, proprium tamen Jus, & separatam naturam habet.

*Haec praemissa*, nunc declarandum, in quo conveniant, & differant hae servitutes personales, ac liquidem convenit habitatio cum-usu-fructu, & usu simul, quod iidem modis constituantur inter vivos, & in ultima voluntate. II. Habitatio non transit ad heredes, sicut nec usu-fructus. III. Quoad cautionem de utendo arbitrio boni viri.

2. *Differt autem ab utraque simul*, quia habitatio constituitur solummodo in aedibus, usus fructus verò, & usus tam in praediis urbanis, quam rusticis, mobilibus, & immobilibus constituitur.

Iterum cum usu-fructu singulariter convenit habitatio, quod commoditatem alteri locare possit. Differt autem singulariter ab usu-fructu, quod usus-fructus morte civili, i. e. maxima, &

media capitis diminutione, item non utendo extinguatur, habitatio vero maxima, & media capitis diminutione, & non utendo non amittitur: ratio, quia habitatio magis in facto, quam Jure consistit, ea autem, quae sunt facti, capitis diminutione non pereunt. *Mans. num. 8.* Ratio, quare habitatio non utendo non amittatur, est, quia habitatio nulla intelligitur, nisi re ipsa & verè habitetur, unde, quod non est, i. e. non habitando non potest amitti. *Mans. numero. 7.*

Cum usu denique convenit habitatio, quod easdem personas recipere possit, quas usufructus; sed differt ab usu, quod habitatio alteri locari possit, usus non item, *lib. 11. ff. h. e. Schneid. hic.*

#### 5. HÆC DE SERVITUTIBUS, FINALIS.

Hæc dixisse sufficiat de rebus incorporalibus, servitutibus videlicet, hereditates quidem, & obligationes etiam res incorporales sunt, sed de his commodius *infra*.

Nunc quia expositum est, quibus modis Jure gentium nobis acquiratur dominium, videndum, quibus modis Jure civili acquiratur.

## TITULUS VI.

# DE USU CAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

## SUMMARIA.

1. *Casus præscriptionis.*

2. *Hodie omnis differentia inter usucapionem, & præscriptionem sublata est.*

3. *Quando dicatur: Jus præscriptum est? & quando: Juri præscriptum est?*

4. *Quid sit præscriptio?*

5. *An tribuat directum dominium?*

6. *Redduntur rationes introductæ præscriptionis.*

7. *Præscriptio procedit in utroque foro.*

8. *Soluntur objectiones.*

9. *I. requisitum præscriptionis absolutis bona fides.*

10. *Quando debent adesse tam de Jure civili quam Canonico?* . 11. Ob



- 11 *Ob favorem filii etiam cum mala fide currit p. scriptio.*  
 12 *An mala fides, completa p. scriptiōni superveniens, obliget ad restitutionem?*  
 13 *An p. scriptio currat cum dubio?*  
 14 *Quid sit dubium p. scriptiōnis & specula- mus?*  
 15 *An cum errore Juris currat p. scriptio?*  
 16 *Servitutes urbanae sine bona fide non praescribuntur.*  
 17 *Secus rusticae.*  
 18 *Requiritur ratio differentiae.*  
 19 *Si obligatio tendit ad agendum, vel non agendum cum mala fide non currit p. scriptio.*  
 20 *Secus, si tendit obligatio ad patiendum, vel permi-ttendum.*  
 21 *II. Requiritur ad praescriptionem ti- tulus.*  
 22 *Quid sit titulus?*  
 23. 24. 25. *Alius est coloratus, alius existi- matus, alius praesumptus*  
 26. 27. 28. 29. 30 *Qualis titulus requiritur ad praescriptionem?*  
 31 *III. Ad praescriptionem requiritur pos- sessio.*  
 32 *IV. Legitimum tempus breve quale sit?*  
 33 *Tempus breve quale sit?*  
 34 *Item quodam tempus dicatur longum?*  
 35 *Quales res praescribantur longo tem- pore?*  
 36 *Quales longissimo?*  
 27 *Actio de dolo quando praescriptione tol- latur?*  
 38 *Quando exceptio non numerata pecu- niae?*  
 39 *Quando actio hypothecaria?*  
 40 *Res Ecclesiastica, Item monasteriorum de Jure Austriaco non possunt praescribi*  
 41 *Quale sit tempus immemorabile?*  
 42 *Tempore immemorabili quae omnes praescribantur?*  
 43 *V. Requiritur ad praescriptiones res non usufructu.*  
 44 *Res furtiva & vi possessa non possunt praescribi?*  
 45 *Res posita an possit praescribi?*  
 46 *Quomodo possit res immobilis aliena sine vi ad alium pervenire?*  
 47 *Si res furtiva in potestatem domini rei versa fuerit, potest praescribi.*  
 48 *Res fisci quomodo praescribantur?*  
 49 *Juri luendi pignoris an possit praescribi?*  
 50 *An annuus redditus?*  
 51 *Error falsae causae quando impediat praescriptionem?*  
 52. 53. 54 *An, & quando bona fides pro- fit? vel mala fides noceat successor?*  
 55 *Recessentur privilegia fisci?*  
 56 *Quando non procedat praescriptio?*  
 57 *Quando dormiat?*  
 58 *Quando interruptatur praescriptio?*  
 59 *Quando rescindatur?*

**B**eneficium rerum dominia nobis acqui- ri, testis est §. *Singularium* 17. *Infl. de R. D. Nimirum Jure naturali & Jure civili.* Hucusque excussumus, quomodo Jure naturali: sequitur quomodo Jure civili rerum dominia nobis acquirantur. Et hoc fit dupliciter, puta! *universali- ter & particulariter.* Universaliter, quan- do aliquis universitatem bonorum, non rem aliquam singularem acquirit; talis acquirendi modus est *successio ex testamen- to*, ab intestato, bonorum possessio, *ac- quisitio per arrogationem*, & *additio bo- norum* §. 6. *Infl. per quas personas cuius acquir.* Particulariter quando aliquis rem singularem acquirit; talis acquirendi mo- dus est *usucapio*, *donatio*, *legatum*, *fi- deicommissum* *particulare*, &c. de quibus omnibus ordine deinceps tractabimus.

*Usucapio* itaque inter modos acquiren- di particulares primum locum occupat, qua in materia prius varia in antecessum

permitterenda sunt, quam ad explicacionem textus descendamus. Pro pleniori autem subiectae materiae intellectu ponitur talis

## C A S U S

- I Titius mihi vendidit, vel ex alia causa tradidit v. g. fundum quem ndam, cuius non erat dominus: ego bona fide ab eo accepi, cum crederem, eum dominum esse. En, hoc in casu. certum est, & indubitatum, quod Titius per istam traditionem in me non transtulerit dominium, nemo enim dat, quod non habet, l. 16 ff. de A. R. D. Quod ergo Titius in me transtulit? possessionem tantum. & suscipiendi conditionem, h. e. transtulit in me id Juris, ut, si possessionem per tempus a lege definitum continuavero, dominium fundi acquiram. *Art. 2. numero 3. § 4.*

Uti-cipio ab *etymologia* nominis dicta quasi capio, sive acquirō per usum, alio nomine huius vocatur *prescriptio*.

- 2 Dico huius olim enim inter uti-cipionem & prescriptionem magna fuit differentia, prout videre possis *Salm. no. h. e. v. observat. de ff. ff. h. e. n. 2.* De Jure autem a quo omnis differentia ab auctoritate recedit, ita ut vocabula prescriptionis, & uti-cipionis confundantur, inque promiscue utantur, l. nu. Cod. de Uti-cipio *transformat. Vinn. n. 2. lnc. Mox. n. 19.*
- 3 Illud tamen pro solidiori loquendi modo memoria vehementer dignum est, quod si per prescriptionem Jus alienius extinctum, vel peremptum sit, succedamus in dativo loqui, v. g. *obligationi, Juri, actioni &c. prescriptum est.* Si verò de acquisitione sermo sit, utamur nominativo, vel accusativo, v. g. *prescripta est servitus, vel prescripti rem, Juri dominium, agnum &c.* P. *Engel ad Jus Canon. b. s. §. 2. notum. 2.*

Definitur usu - capio à *Moderino, l. 3. ff. h. e.* quod sit *adquisio dominii per continuationem possessionis temporis a lege definiti.*

Definitur I. *Adquisio dominii*, intelliges non tantum utilis, verum etiam directi: sive pleii, qui enim rem praescripsit, tantum Jura habet, quantum verus dominus, l. nu. Cod. si adversus vendit. l. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. ut usufructu pro re usu capra datur rei ventilationi, quae non competit, nisi domino, l. 23 ff. de R. V. *Zoef. ff. h. e. n. 3. Harp. not. 8. Hunn. lib. 2. var. resol. tract. 3. quaj. 15. Fuch. l. 1. cont. 70. Barbou. ad Treutl vol. 2. dis. 22. rh. 7. lit. b. Perren. ad Cod. de usu - cap pro emptore num. 2. Schaub. pr. n. hic.*

Non obstat, l. 11. Cod. de praescript. long. temp. ubi praescribendi tantum datur exceptio; ut proinde praesupponatur adhuc, actio quae per exceptionem elidatur. At enim, illam legem intelligendam esse de exceptione facti, non Juris, quae actionem praesupponeret. Exceptionem Juris illam voco quae actionem praesistentem supponit, ea nque elidit. Facti, quae nullam actionem praesistentem supponit; adeoque, si ego à te aliquid peteam, ad quod nullam penitus habeo actionem, & tu excipiendo id negares, dicerem, quod exceptionem facti mihi opposueris. *Schaub. lnc. & princip. de except. Hunn. & Harp. loc. cit.* ubi plura contra nostram Assertionem argumenta resolvit, quae ob exiguam, quae pollent, utilitatem in medium nolui proculare.

Dicitur II. *Per continuationem possessionis temporis a lege definiti*, requiritur enim ad prescriptionem continua, & nunquam interrupta possessio, nec non legitimum tempus, de quibus & aliis requisitis suo loco. Interèa, cum Jura nihil sine ratione agant,

6 Q. *Liquare* *supra*, *scriptio* *non* *introducitur* *neque* *ob* *triplicem* *causam* *ad* *contingendum* *quam* *(velim* *impense* *notes* *! Est* *, ne* *rerum* *dominia* *incerto* *venirentur* *l. 1. ff. b. t. con-* *stitutum* *enim* *al'* *cautiones* *, &* *per-* *mutationes* *inter* *homines* *esse* *frequen-* *tissimas* *Jam* *, cum* *nemo* *lucrum* *ali-* *quid* *scire* *possit* *; num* *transiens* *dominus* *sit* *, nec* *ne* *?* *&* *quando* *que* *contingat* *, ut* *non* *dominus* *rem* *quendam* *alteri* *ven-* *dat* *; i'* *sed* *, si* *priori* *domino* *semper* *a* *pos-* *sessore* *rem* *petere* *li-* *ceat* *, &* *non* *al-* *quando* *possessor* *eliceretur* *certus* *, fore* *nemo* *se-* *cure* *posset* *, &* *sic* *dominia* *rerum* *semper* *manerent* *in* *incerto* *Alu-* *g. num. 14. S. hucid. num. 10. & Manz.* *num. 10.*

II. U. importuna litium frequentium præcaueretur, & aliquando esset litium finis *l. ut ff. pro ho.* Quis enim non videt, atque intelligit, quare lites, rixæ & discordiæ in reipubl. communiōne extorcerentur, nisi lex inveniret modum, ac rationem, qua possessori succurreretur adversus pericula ne sua se semper alter alteri moveret contraversionem de rerum dominio nisi ex facili in eam tempo- ris, postea us lapsum litem movere pro- hibitum sit.

III. Causa est, ut sociordia civium, res, ac jura sua negligentius calligetur, & diligentia exortatur, 2. *Cad. de annal. præscript.* *Loes ff. b. t. n. 4. Manz. loc. cit. num. 6. Hup. u. 41. König. h. t. 48.*

7 Q. II. *Propter* *statue* *Pr. scriptio* *in* *pro* *tan-* *tum* *extremo* *, an* *operatur* *etiam* *in* *for-* *amam* *?* *Cum* *nam* *D. D.* *schola* *docet* *, præ-* *scripturam* *procedere* *in* *utroque* *so-* *ro.* *Ita* *Lejus lib. 2. de J. & J. cap. 6. dubit. 17. num. 51. Layman. Theolog. No-* *ral. tit. 1. c. p. 8. num. 4. P. pater Tra-* *-stat. 6. in* *Dirig. cap. 1. sec. 5. u. 192.* *Clarj. D. D. Franz. num. 6. Injl. hic* *, alique* *innumeri.*

Ratio hujus doctrinæ solida, & fun-  
damentalis est, quia *Lego* *iter* *humani-* *tatis* *ex* *virtute* *supremæ* *potestatis* *potest* *rem* *uni* *auferre* *, &* *transfere* *in* *alter-* *rum* *, si* *ita* *exigit* *necessitas* *, &* *felicitas* *rei* *publicæ.* *Enim* *vero* *omnis* *illa* *potestas* *agnoscenda* *est* *in* *Legislatore* *humano* *, quæ* *moraliter* *est* *necessaria* *ad* *congruam* *&* *tran-* *quilam* *gubernationem* *rei* *publ.* *cum* *D. h. l. S. &* *Natura* *non* *deficiat* *in* *necessariis* *; ac* *qui* *per* *præ-* *scriptionem* *uni* *auferri* *dominium* *, alteri* *ad-* *ijci* *, &* *exigit* *necessitas* *, &* *felicitas* *rei* *publ.* *prout* *patet* *ex* *alleg. tribus* *rationibus* *, propter* *quas* *præ-* *scriptio* *introducitur* *est* *; ergo* *hæc.*

Oppon. I. Usucapio repugnat æquitati *¶* naturali, quia per illam aliquis locu-  
pletatur cum alterius jactura; atqui locu-  
pletari cum alterius jactura repugnat æ-  
quitati naturali *l. 206 ff. de R. J.* ergo  
usucapio repugnat æquitati naturali, *re-* *ducing* *non* *locu* *pletari* *cum* *alterius* *jactura* *re-* *pugnat* *æquitati* *naturali* *, si* *illa* *lo-* *cupletatus* *fiat* *sine* *iusta* *causa* *, con. unv.* *si* *fiat* *cum* *iusta* *causa* *, neg. unv. &* *con-* *seq.* *Jactura* *, quæ* *inducit* *præ-* *scriptio* *, non* *est* *injusta* *, sed* *justissima* *, ut* *pote* *causis* *subnixæ* *justissimæ.* *Deinde* *, si* *cet* *forte* *præ-* *scriptio* *, respectu* *privatæ* *utili-* *tatis* *, videatur* *esse* *iniqua* *, æqua* *tamen* *est* *, respectu* *utilitatis* *publicæ* *, quæ* *ut* *que* *privatæ* *præ-* *ferenda* *, nam* *quoties-* *cunque* *concurrunt* *duæ* *rationes* *natura-* *les* *, illa* *præ-* *valet* *, quæ* *fundamento* *ma-* *jori* *nitiatur* *, prout* *l. t. tit. 2. diximus* *; at* *qui* *publica* *utilitas* *, quæ* *respicit* *usu-* *capio* *, l. 1 ff. h. t.* *ut* *que* *majori* *nitiatur* *tundimento* *, Ergo.* *Clarj. D. P. König.* *ad* *Decret. h. t. n. 4.*

Oppon. II. præscriptio est impius præ-  
sidium, Nov. 9. ergo sapit iniquitatem  
d. Nov. intelligendum esse de præscrip-  
tione, quæ currit cum mala fide, prout

ex illis verbis *inquit hominibus*, patet. *Maur. num. 104. Harp. num. §2. Franz. num. 2.*

*Oppon. III.* Quod nostrum est, sine scio, & consensu nostro in alium transferri non potest, l. 11. ff. de R. J. §. d. l. 11 non procedere, si iusta causa aliud suadeat, lex enim potest alicui adimere rei dominium, tamen si dominus non consentiat, sic propter delictum bona confiscat, l. 1. ff. de bon. damnat. *Mantz. num. 101.*

Viso quid sit præscriptio, sequitur, quid ad illam requiratur. Nempe,

*Bona fides, iustus titulus, res non vitiosa,*

*Ut res tradatur, tempus quoque comminuetur*

I. Itaq; ad præscriptionem requiritur  
9 *bona fides, quæ desinitur:* quod sit *sincera rei aliena ignorantia*. P. Engel. §. h. t. n. 12. Talem bonam fidem habere intelligitur, qui credit, eum, à quo rem accedit, fuisse dominum. vel habuisse Jus distrahendi, veluti habet tutor, l. 109. ff. de V. S. L. 32. §. 1. ff. h. t. *Mantz. n. 31 Harp. n. 64. Perz. Instit. hic.* Vel (ut cum *Schind.* loquar) qui nescit, rem esse alienam, vitiosam, furtivam, vel NB. à lege alienari prohibitam; qui enim contra Jura, & legis prohibitionem mercatur, vel contrahit, præsumitur esse in mala fide, l. 7. Cod. de agror. & cens. cap. 82. de R. J. in 6.

10 Q. III. Quando debeat adesse bona fides? R. Distingendum esse inter Jus Civile & Canonici. De Jure civili sufficit ab initio præscriptionis bonam fidem adesse; adeoque, licet ceptæ usucapionis superveniat, cursum tamen præscriptionis non sistit. §. 12. h. t. l. 10. ff. h. t. *Lyon. Cod. de Usucap. transfer.* Et hoc procedit in præscriptione longi temporis,

non verò longissimo; in hac enim Jus civile simpl. citet malam fidem admittit; sive ab initio, sive ex postfacto interveniat, l. 3. & 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. Ratio, quia Jus civile solummodò respexit societatem civium, incertitudinem domini, & importunam litium frequentiam, quæ incommoda ut evitaret, nullà factā reflexione ad bonam, vel malam fidem, absolute statuit, ut omnes res, Jura, & actiones 30. vel 40. annorum spatio extinguerentur. *Mantz. n. 39. hic.*

Verum de Jure Canonico longè aliter se res habet; hoc enim toto præscriptionis tempore requirit bonam fidem, juxta regulam: *Possessor male fidei ullo tempore non præscribit* c. 2. de R. J. in 6. quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, & quaquid est contra conscientiam, adscribitur ad gehennam c. 3. de resist. spoliat. Concordat Jus Austr. c. N. De Land-Tafel, lib. 4. tit. 129. Et quia hic agitur de materia peccati, omnino non standum est Juri Canonico, per theoriam universalem quæ docet, in causis spiritalibus, & concernentibus peccatum, dispositionem Juris Canonici, non solum in terris Ecclesiæ, sed etiam Imperii servandam esse P. Engel. Proemio iur. Canon. num. 19 §. Quarta Regula. Gail. lib. 2. 141. num. 5. Clariss. D. P. König. Proem. de Jure Canon. num. 8. Mynsing. cent. 4. obs. 18. n. 7.

Dicit: qui locum aliquem ad Catholicam unitatem convertit, etiam si sciat, illum locum pertinere ad alium Episcopum, illum tamen locum tristicio præscribit, c. 1. §. h. t. ergò de Jure Canonico præscriptio currit cum mala fide R. d. c. esse speciale ob favorem fidei, & ut ita Catholici Episcopi alliciantur, & invitentur ad conversionem populi à Schismate Donatistarum. *Gonzalez in d. c. 1. n. 3. Peck.*

*Peck. in d. c. 2. de R. J. in 6. num. 16.*  
*pulchrè Pirburg. ad Jus Canon. b. 1. §. 1.*  
*13. §. 3. num. 98.*

22 Q. IV. An præscriptio bona fide completa, si sit, qui præscripsit, rem esse alienam cognoverit, tenetur in foro eo scientia domino suo restituere? Diximus, quod sic. I. quia actus vitatur, si ad eum statum reducatur, a quo inchoare non potest; sic testamentum, à lib. et conditum, non potest, si testator servus efficitur. *arg. l. 58 §. d. V. O. §. 13. ff. de his, qui pro non scriptis habent.* Et etiam præscriptio non procedit in casu prædicto, cum devolvatur ad statum malæ fidei, unde non potest inchoari.

II. Quia cessante causa, cessat effectus, *l. 60. §. de appellat. cap. 8. c. de consang. & agn. Ergo cessante bona fide, utpote causa, cessabit ejus effectus, i. e. præscriptio.*

III. Quia bonæ fidei possessor post subortam malam fidem fructus non facit suos, *l. 48 §. 1. ff. de A. R. D.* ergo etiam possessor bonæ fidei post supervenientem malam fidem non præscribit.

Verum his dubitandi rationibus in contrarium nihil remanentibus, negativa standum est, quam sua autoritate muniunt P. Engel. *ad Jus Can. mem. 4. b. 1. Pirburg. ad Jus Can. b. 1. §. 1. h. 1. n. 6. Fach. l. 1. cons. 64. Harp. n. 91. prius. Inst. b. 1. Bachov. ad Tract. vol. 2. §. 22. th. 6. lit. C. P. Sporer tract. 6. in Decalog. cap. 1. sect. 5. num. 192. Cov. ad c. possessor de R. J. in 6. p. 3. §. 2. n. 1. Layman. Theolog. Moral. l. 3. tract. 1. c. 8. n. 4. Zoef. ff. b. 1. n. 60.*

Probat hanc Sententia evidenti ratione, quia post præscriptionem non datur amplius mala fides, quæ est rei alienæ scientia, enim vero post præscriptionem comp'etam res non est amplius aliena, cum facta sit præscribentis, cui lex plé-

num dominium adjecit, *l. 8. Cod. de præscrip. 30 vel 40. ann. l. 3 §. de Usu. cap. ergo, si præscribens teneretur rem restituere, teneretur rem suam restituere.*

Ad I. & cit. regulam procedere tunc demum, si actus consummationem suam nondum est consecutus; secus impedimentum superveniens non vitiat actum *arg. 140. §. Esti placeat. ff. de V. O.* Idque patet ex impedimento dirimenti, quod post contractum matrimonium superveniens non nocet, neque vitiat matrimonium. *Vide tit. 10. de Nupt.* Unde non mirum, quod testamentum, à libero conditum rumpatur, si testator servus effectus fuerit, quia consummationem suam nondum est sortitum, utpote, quod demum per mortem confirmatur.

Ad II. Eodem modo datur solutio, cessante nimirum causa, cessare effectum, si effectus non tum sit consummatus, & perfectus, sic, licet aliquis contrahendi incapax fiat, forte, quia declaratur prodigus, contractus tamen, tempore capacitatis initus, valide subsistunt.

III. Plane omni probationis mole caret; bonæ enim fidei possessor tunc dominum fructus restituere tenetur in casu, quo mala fides suboritur, si eisdem triennio nondum præscripserit, quod nihil probat contra nos. *Novus. var. res. lib. 2. tract. 3. c. 8.*

Amplius nostra Sententia in tantum, ut is, qui rem legitimè præscripsit, eam tamquam indebitè datam repetere, & ut suam vindicare possit, si forte illam ex errore Juris restituerit pristino domino, ratus, adhuc esse alienam, & restitutioni obnoxiam, tametsi etiam ignorantia Juris non excuset, cum agitur de acquirendo, excuset tamen, cum agitur de amittendo rem jam acquisitam, *l. 7. ff. de Jur. Et fact. ignor. P. Sporer loc. cit. n. 198. Pirburg. d. 10.*

13 QV. *An præscriptio citras eam d. b.?*

R. cum distinctione inter dubium practicum & speculativum. Practicum voco, quando quis in specie, & particulari de rei dominio dubitat, & an eam rem salva conscientia retinere possit? Speculativum appello, quando quis quidem rem iuste & licite se retinere credit, dubitat tamen, an tradens dominus fuerit? P. Engel. loc. cit. num. 14. à Somering. l. i. h. t. n. 2. His præmissis, sequitur

Affertio I. Cum dubio practico præscriptio neque potest inchoari, nequecepta continuari. Clariss. D. P. König. in Jus Canon. b. t. num. 38. Ratio quia taliter præscribens exponit se periculo peccandi, eo ipso enim, si rem retinet, quam putat se retinere non posse, peccat: nam, qui dubitat, an sit peccatum, & id, de quo dubitat, tamen committit, utique peccat. Pulchrè P. Sporn tract. 1. in Decretis. cap. I. sect. 4. Affertio II. §. 1. n. 69. aique cum peccat, non procedit præscriptio. c. fin. de h. t. Pirhing. loc. cit. sect. 2. §. 4. n. 15. Ergo &c.

Accedit h. l. 32. §. 1. ff. h. t. ubi in hæc verba describitur: Si qua id, quod possidet, non putat sibi per leges licite usucapere, dicendum est, etiam si errat, non procedere tamen ejus insinapponem. Vident. Glottæ Affert. Jurid. 74. Moïna de J. & J. disp. 63. n. 11. P. Engel. h. t. num. 14. Pirhing. loc. cit. n. § 6. Peck. me 2. de R. J. m. 6. Qui omnes concordant in suffragio in eam condescendunt Sententiam, quod dubio practicum præscriptio nisi tunc ceptæ superveniens non impediat, nisi in ejus; ex ratione, quia c. fin. de h. t. tantum illos excludit à præscribendo, qui conscientiam rei alienæ habent, adeoque, qui sunt in positiva mala fide constituti, qualis non est qui practice dubitat.

Verum hæc Sententia nimium probat; ergo nihil: probat enim, cum dubio practico etiam posse inchoari præscriptionem, quod à tenera conscientia vehementer alienum.

Affertio II. Cum dubio merè speculativo præscriptio non tantum rectè curetur, sed etiam inchoatur. Ita P. Engel & ceteri p. m. o. ante allegati.

Ratio primi membri est, quia hoc dubium cui libet, bonæ fidei possessori suboriri potest, adeoque in pari causa melior est conditio possidentis, c. 65. de R. J. in 6.

Ratio secundæ membri fundamentalis est hæc, quia alias vix unquam procederet præscriptio; nemo enim infallibiliter scire potest, rei dominium tradentis esse.

Deinde inopè exigenter cautiones de evictione, si nulla foret ambigendi ratio, an tradens rei traditæ dominus fuerit, nec ne?

QVI. *An cum errore Juris citras præscriptio?* v. g. an, si quis remittit a Prælato sine consensu capitali, ratus talem consensum non requiri; vel an, si quis emit rem immobilem a tutore sine decreto Prætoris, ratus illud non desiderari, an (inquam) talis possit præscribere? sequitur

Affertio I. Certum est, & apud omnes ferè indubitatum errorem Juris clari & notorii impedire præscriptionem longi temporis. Ita Manz. §. 11. num. 12. h. t. Harp. prin. l. i. h. t. num. 85. P. König. ad Jus Canon. b. t. num. 36. Pastormus, in. c. dudum, de decimis, §. m. c. de quar. ta m. 12. h. t. Pirhing. ad Jus Can. sect. 2. §. 5. num. 61. h. t. P. Engel. lo. cit. num. 15.

Probat ex variis Juris textibus I ex l. 4. §. de Jur. & fact. ignorant. his verbis: Juris ignorantiam non est copione negatur

gatur prodesse. II. Ex l. 6. ff. cod. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus. III. Ex l. 31. ff. de usucap. numquam in usucapionibus Juris error possessoris prodest.

Dues : qui habet bonam fidem, praescribit ; sed errans in Jure habet bonam fidem ; ergo praescribit. Et tamen errans in Jure habeat bonam fidem Theologicam, non tamen habere bonam fidem Juridicam l. c. talem, qualem Jura desiderant, h. e. ab errore Juris immunem.

Assertio II. Error Jura, quem scienter committit, h. e. si quis sciat leges, & Jura, in fraudem tamen eorum scienter aliquid mercatur, impedit praescriptionem etiam longissimi temporis, puta 30. vel 40. annorum. Ita tenet Huem. ad Truett. vol. 2. disp. 22. quest. 43. Probatur per l. 7. Cod. de agricol. & censu, his verbis : Mala fidei possessorem esse, qui contra Jura mercatur, nullus ambigit.

Item per c. 82. de R. J. in 6. Qui contra Jura mercatur, bonam fidem non habet, neque malae fidei possessor, & qui bonam fidem non habet, ullo tempore non praescribit, c. 2. de R. J. in 6. ergo. Vide Peck. ad. d. c. 82.

Assertio III. Error Juris, quem quis ex ignorantia incurrit, fortè, quia hospes in Jure est, & non intelligit, quod in alienatione rei Ecclesiasticae de forma consensus capituli requiratur, non impedit praescriptionem longissimi temporis. Ita Pirling. loc. cit. num. 62. & Limitans Otter. in c. de R. J. in 6. p. 2. §. 9. n. 5. Clariss. D. P. Kung. n. 37. h. s. Dissert. P. Engel. n. 14. Facien. lib. 8. cap. 28.

Mihi prior opinio videtur magis consona rationi, quia in praescriptione longissimi temporis non requiritur titulus, nec de Jure civilis mala fides nocet, l. 8. Cod. de praescrip. 30. vel. 40. annor. De Jure vero Canonico tantum ea mala fides excluditur, quae peccatum, & ma-

gis ad Infamia.

litiam inducit; non est autem peccatum, aut malitia, ignorare Jura.

Ex hac tenore deductis colligere fas est, ad omnem praescriptionem requiri l. Bonam fidem, quae in dubio semper praesumitur, quia l. bet enim praesumitur bonus, donec probetur malus, c. fin. de praesump. Harp. n. 6. Alsat. de praesump. regul. 3. praesump. §. Covarr. loc. cit. §. 8. n. 2. Mascard. vol. 1. conclus. 224. Schneid. num. 21. Et seqq. hic.

Ampliat, sive titulo munitus sit, nec ne, Covarr. loc. cit. Vasquez controu. lib. 2. cap. 70. n. 2. Mascard. loc. cit. n. 3. Diss. Facien. lib. 8. cons. 32.

Q. VII. An etiam in servitutibus praescribenda requiratur bona fides? Pulchre, & more suo solide hanc utilem, à plurimis tamen intactam questionem resolvit P. Engel. ad fin. Canon. b. s. n. 18.

Ego, ut breviter me expodiam, distinguo inter servitutes urbanas, & servitutes rusticas.

In servitutibus urbanis requiritur bona fides, quia quis credit, se posse Jure suo cum actum exercere, per quem usucapiendi conditionem acquirat. In servitutibus vero rusticis bona fides non desideratur, sed sufficit, quod is, cui debentur, eis non utatur, l. 4. §. si utam. ff. de Usucap. & l. hac. autem ff. de S. P. U. Unde sequitur, quod licet ego sciam, ubi in fundo meo competere Jus eundi, agendi, aquas ducendi; in casu tamen, quo Jure eundi, agendi, aquas ducendi, &c. non uteris, ego contra te praescribam, nec teneat te monere, ut Jure tuo utar, quoniam tantum pati teneor, si utaris. Ita P. Sporer. tract. 6. in Decalog. cap. 1. sect. 3. n. 211. Molina de J. & J. tra. 3. 2. dissent. 6. n. 5. Lef. lib. 2. de Jus. c. 6. dubit. 6. n. 21. P. Engel loc. cit.

Sed an? quae est ratio d. h. sententiae, quod in praescribendis servitutibus urba-

his requiratur bona fides, non verò in rusticis? Res est subtilis, non tamen excedens caput. Intende ingenium tuum, & capesce. Hæc est ratio differentiarum, quia servitutes rusticæ solò non usu amittuntur, l. 10. §. 1. l. 19. l. 20 ff. quib. mod. servit. amitt. l. sequitur 4 §. 27 ff. de usufructu. Servitutes verò urbanæ solò non usu non amittuntur, sed requirunt aliquod factum, quod sit argumentum interruptæ patientiæ l. 6. ff. de S. P. U. l. 18. §. 2 ff. quib. mod. servit. amitt.

Unde, licet tignum, senio collapsum, per decem annos exemptum manserit, nisi tamen dominus prædii servientis forum obstruxerit, ac definito tempore ita obstructum habuerit, servituti tigni immittendi non præscribit. de LL. Cur tam variè? quia possessio servitutis rusticarum sustinetur usu earum, & exercitio, quo usu omisso, perditur, quia nihil succorrit, quod animum retinendæ servitutis ostendat. Aliud est in servitutibus urbanis, hæc enim, semel constitutæ, non indigent ulteriori factis & exercitiis, adeoque possessio earum non stat in usu, & exercitio, sed in sola patientia domini. Hinc, n. si factum, puta, in servitute tigni immittendi obstructio foraminis, interveniat, quod sit argumentum interruptæ patientiæ, possessio illarum non perditur. Jam, si ego sciam, tibi competere servitutem tigni immittendi, & ego foramen obstruam, atque ita impediam, ne aliud immittatur, pecco contra iustitiam, quia facio aliquid, quò lædatur jus tuum. Secus est in servitutibus rusticis, in quibus nihil tenor facere, quam pati, ut in utris: si in usu officis, tibi habes, quòd easum amissionem imputes. Vide A. A. supra citatos, & præcipue P. Engel. §. 2. §. 3. per. qui finitè distinguunt, an obligatio quodam ex sua natura tendat ad agendum,

vel non agendum: an verò ad patientiam, vel permittendum? si prius, fortè, quia ex mutuo, exemption, vel ex alia conventionne tibi centum debeo, vel, quia obligor, ad alius non collidendas mædes, fenestras non openendas, non officendum luminibus, non datur præscriptio contra ta em obstrucentem, quoniam scientia juris alieni aکت. Unde licet à me per 30. annos non petas minus centum, quos mihi dedisti, ego tamen si sciam, quod tibi illos debeam, contra te non præscribo. Ita quonque docet, Mysiq. cent. 4. obs. 6. Gal. 1. obs. 18. n. 7. Leymann. Thesaur. Moral. lib. 3. tract. 1. cap. 8. n. 12. Dissent. Parvorum. m. c. fin. b. t. univ. 13. §. 21. Vass. contr. illust. lib. 2. c. 76. n. 3.

Si posterius, obligatio per prescriptionem extinguitur, etiam si scientiam juris alieni habeam, sic præscribo servituti itineris, si ea 10. vel 20. annis, de Jure Austriaco (ut supra dictum) 32. annis non utra, etiam si scientiam juris tui habeam, tenor enim tantummodo ad patiendum.

II. Ad prescriptionem requiritur Titulus, qui est causa, ex se habita ad transferendum dominium, veluti emptio, donatio, permutatio, legatum, &c. Unde patet, quo sensu hoc loco accipitur titulus, nimirum pro causa possessionis; ut interrogatus, cur aliquid, & quomodo possideas? causam, sive titulum possessionis proferre valeas, atque dicere, quia id erit, quia Titius mihi donavit, vel legavit. Harp. p. m. b. t. n. 101.

Dicitur Titulus causa habita ad transferendum dominium. Unde alii tituli, qui ex natura sua non tendunt ad translationem dominii, sicuti pignus, commodatum, depositum, locatio, conditio, &c. ad usucapionem inhabiles sunt. P. Engel. §. 4. l. 1. n. 22. Pothier b. t. §. 3. l. 1. n. 81.

Dei.



*Dividitur Titulus in verum, & non verum. Titulus verus est, ut cuius defacto transfertur dominium, nec opus est usucapione; talem v. g. habet, qui rem ex causa translativa domini, puta emptione, donatione, accepit à vero domino.*

- 23 Titulus non verus triplex est, coloratus, existimatus, & præsumptus. Coloratus est, qui speciem veri tituli præ se fert, vim tamen, ac potestatem ejus non obtinet, talem habet, qui rem à non domino, quem dominum tamen credidit, accepit. Existimatus, seu putativus est, quando quis putat, titulum præcessisse, cum non præcesserit, talem habet, qui putat, rem sibi donatam, vel legatam esse, quæ tamen nec donata, nec legata sunt, sed vendita. Præsumptus Titulus est, quem Jura præsumunt intervenisse, licet in rei veritate non intervenerit. Jam sequitur

*Affertio I.* Ad omnem præscriptionem requiritur titulus, *tex. hic. l. 27. ff. de usurcap. & usurpat. l. 24. Cod. de R. V. l. 4. Cod. de præscript. long temp. Manz n. 46. hic. Schneid n. 32 Harp. num. 99. Parburg. ad Jus Canon. l. 6. §. 1. f. 3. num. 81.* Ratio est, quia possessionem sine vitio acquiritam esse oportet, quod fieri non potest nisi quis prudenter opinari possit, rem esse suam; aut se habere justam possidendi causam.

- 26 *Affertio II.* Titulus verus non requiritur, sed impedit præscriptionem; quia verum, & absolutum dominium transfert, ut usucapione amplius opus non sit, quod enim semel meum est, amplius meum fieri non potest, *l. 14. §. 2. ff. de except. rei jud. c. 6. de fide instrum. Schneid num. 34.*

- 27 *Affertio III.* Ad præscriptionem ordinariam puta, triennalem, decennalem inter presentes, vicennalem inter absen-

tes, requiritur titulus coloratus, quem ille habet, qui rem à non domino bona fide emit. *dd. l. 8. & ratione in Affert. 1.*

*Affertio IV.* Ad præscriptionem ream 28 incorporatum v. g. servitutum, non requiritur titulus coloratus, sed sufficit præsumptus *l. 10. ff. si servus vind. his verbis; Si quis datus non usu, & longa quasi possessione in aqua ducenda natus sit, non est ei necesse docere de Jure, quo aqua constituta est.* Ratio, quia usus unus, & patientia alterius vices tituli suppleant *Schneid. num. 45. & 46. Clariss. D. D. Franz. Inst. de servit. §. 7. n. 37. Capolla de servit. c. 20. num. 8 Backov. ad Trautl. vol. 1. di. p. 17. th. 9. lit. & Glettle p. 2. sect. 2. q. 28. num. 5.*

*Affertio V.* Titulus existimatus, si ve 29 putativus non sufficit ad præscriptionem longi temporis, *§. error 11. infra, l. 8. Ubi latius hæc de re.*

*Affertio VI.* Ad præscriptionem longissimæ temporis, h. e. 30. vel 40. annorum, non requiritur Titulus coloratus, neque putativus, sed sufficit præsumptus, *l. 3. & l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 42. ann. Ratio, quia lapsus tanti temporis locò tituli habetur. Harp. num. 103 Schneid. num. 42. Manz. num. 57.*

*Limitatur*, si Jus commune resistat 30 præscribere volenti, tum enim etiam in præscriptione longissimæ temporis allegari, & probari debet utulus, vel possessio immemorialis temporis, *tex. hic. c. 1. h. c. in 6. ubi ponitur casus de Prælati, qui allegat, se præscripsisse decimas in Parochia alterius Ecclesiæ, & dicitur, non sufficere, quod Prælati alleget bonam fidem, sed debeat probare titulum, vel, quod illas decimas ab immemoriali tempore perceperit; nam dispositio, & præsumptio Jure est, decimas pertinere ad illam Parochiam intra cujus limites prædix constituit, *Schneid. num. 42. Engel**

num. 30 *Krieg. n. 34. Fivhing. n. 86.*  
*Pl n. 86 loc. cit.*

De *Jure Austriae* titulus ad prescriptionem duntaxat triennemem requiritur, res enim immobiles, & incorporales, veluti servitutes, & actiones cursu domum 32 annorum praescribitur, ita, ut tempore praedictò evoluto, absolvetur praescriptio, etiam sine titulo. *N. Or. Land-Tafel*, lib. 4. tit. 129. §. 1. et. 30. *Alte und dergleichen*, sec. 1. e. 1. ita, ut si res post hac vindicata ab aliquo infirmatur, nec tamen possit per heredesque eius titulo ullo veterem possessionem suam fultore quæ-  
rit. hac sua possessione sola suam se possunt.

Confer Landf. Ordnung bb. 2. tit. 31. §.  
10 seqq. Item nova Satz- und Ord. de  
Jurib. Incorp. tit. 16.

III Ad prescriptionem requiritur possessio iuxta regulam: *usucapio sine possessione non procedit* l. c. 3. de R. J. in 6. Debet autem possessio esse civilis, b s detentio rei cum opinione, & animo dominii. Unde naturalis possessio sive rei detentio extra animum, & affectionem domini ad prescriptionem non sufficit l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 13. ff. de usucap. Insuper enim verò prescriptio est modus dominium acquirendi, quod non acquiritur sine animo, & voluntate acquirentis, l. 45 ff. de O & A. Sic creditur pignori, usu fructuarium rem fructuariam, vasallum rem feudalem, Emphyteusam rem emphyteuticam, depositarium rem depositam, commodatarium rem commodatam, &c. etiam si res illas centum, pluribus annis possident, præscribere tamen non possunt, quoniam non habent animum, & affectionem domini, *Idem ad Trenti. vol. 2. disp. 32. tit. 1. q. 1. Perronaz. ad Jus Canon. b s sed. 2. §. 1. n. 38. & segg. Harp. n. 385. l. arrif. D. P. König b. s. m. m. 26. Zopf ff. s. n. 45.*

Requiritur ad prescriptionem legiti-

non tempus, quod pro diversitate rerum & causarum varium est. Aliud enim est tempus breve, aliud longum, aliud longissimum, aliud commemoriale.

*Brevē appellatur, quod est infra, vel supra triennium, minus tamen decenniū. Hōc modō triennium præscribuntur res mobiles, text. hinc. § 1 in Cod. de nſcep. transform. Nec refert de iure comuni, ad Eccleſiam, ſive ad privatos pertineant. Auth. gratus adnotor Cod. de S. S. Ecclief. Covenius. in c. 2. de R. g. in 6. p. 2. §. 2. not. §. Lavan. lib. 3. traſt. 1. c. 8. num. 19 P Engel ad Jus Canon. h. t. n. 28. Concordat Jus Aſſer. quoad res privatorum, teſte Wairber de Jure conſue. lib. 4. tit. 127.*

Huc quoque revocare possis triennialem illam, & 18. hebdomadarum prescriptionem, quæ in Austria ex Constitutione Ferdinandi II. inducta est. *Wann sich &c. e. i.* Cum in fundo, si e feudis seu allodialibus; item Dominis liberi, Oeribus, & similibus, ex quocunque capite mutatio possessoris accideret, ille, ad præventum incommoda, reddi forsitan onerosa ( nisi Emptor, aliter caput expresso, aliter rem transigi velint, à Judice requirant, quod integrum remque relinquatur, tam in qui bone per emptorem, quam in, qui alio titulo sui comparaverint antea, vel in possessori acquire possent ) per Edicta publica quævis transfundenda mutatio fieri iudicio, publicari debet, & omnibus atque singulis, qui vel in pretorio, vel in possessorio, aut alio quocunque titulo, jura aliquid in hac bone, & si e ea habere se putant, significari, ut, secundum propositionem Edictum super memoratum, intra tres annos & octiduum Herb. tam ides perentorii petant, ut fines, adque jura ordinationem proficiant: quod nisi intra præscriptum illud tempus in p. a. interint, alterius non adsumuntur, jure actum.

affirmatque omni deinceps caritiores Quia tam-  
men *Edicta* Domini Fendi, quantum ad iura  
ipsorum feudalis admet, item *Pupilis* in-  
definitis, ut *Et* absentibus ex iusta *Et* ne-  
cessaria causa frandi esse non oportet,  
atque imprimis *Ecclēsie* Ministris. Qui vero  
Judex concessit in possessionem fundi fuer-  
unt iniusti, etiamque domini facti sunt, non  
tenentur *Edicta* id genus ad maiorem securi-  
tatem requirere: sed elapso triennio atque  
octiduum septuaginta terminatio, nemini  
(sive exceptis *Partes* de quibus supra) ratio-  
nem reddere iuris sui vel in iudicio vel  
populanti tenetur nullo modo. Generale  
Ferdin. II. de an. 1635. 17. Aug.

*Partes* de *Jure* Austriaco per revolu-  
tionem unius anni prescriptione extin-  
guitur actio Injuriarum, unde sine redun-  
dere *Gravitas*. *Klage*. *Sutzing* obs. 13. n. 1.

34 *Longum tempus* sunt 10 anni in et pre-  
sentes, & 20. inter absentes, quo tem-  
pore de *Jure* civili cum titulo prescribun-  
tur res immobiles\*, *lex* hie *Et* d. *l. un. Cod.*  
*de Usucap. transform* l. fin. *Cod. de prescript.*

35 *Long. temp.* Dicuntur autem presentes,  
qui in eadem provincia habitant; absen-  
tes qui in diversis, *P. Engel* num. 29.  
*König* num. 43. Aliter *Mauz* num. 83.  
ubi *Lex* *imperialis* putat, necesse esse, ut  
determinetur, qui presentes, qui absen-  
tes dicendi sunt?

36 *Longissimum tempus* sunt 30 anni &  
ultra. Sic bona privatorum immobilia  
sine titulo 30. annorum spatio prescri-  
buntur l. 3. *Et* 4. *Cod. de prescript.* 30.  
vel. 40. ann. Item 30. annis tolluntur  
omnes actiones civiles, cum reales,  
quam personales, l. 3. l. 7. *Cod. d. r.*  
*Harp* n. 174. *Z. ff. de t. n.* 48.

Excipitur l. Actio de dolo, quae du-  
rat tan in biennio, l. fin. *Cod. de dolo*  
37 *mod. except.* II. Exceptio non numeratæ  
pecunie, quæ etiam biennio exing.

38 *Que*, l. in *Contra* *Taben*. *Cod. de non* *num.*

pecun. III. Actio redhibitoria, quæ 6.  
mensibus expirat, l. 16. § *fin. ff. de ad-  
lis. edicto*. IV. Actio quanti minoris, quæ  
terminatur uno anno d. l. 19. V. Quo-  
rela inofficiosa quæ quinquennō cir-  
confer bitur. l. 34. *Cod. de moff. testam.*

VI. Actio hypothecaria, cum diversimo-  
do prescribitur. Et quidem, si hypothe-  
ca possideatur à debitore, vel ejus  
hæredo, tunc actioni hypothecariæ  
non prescribitur, nisi 40. annis, l. 7.  
§. 1. *Cod. de prescript.* 30. vel 40. ann.  
*Brunnem.* ibid. num. 5. Si hypotheca pos-  
sидеatur ab extraneo, non debitore,  
fortè, quia illam bonæ fide emit, extin-  
guitur actio hypothecaria 10. annis in-  
ter presentes, & 20. inter absentes, l.  
1. *Et* l. 2. *Cod. si advers. credit.* *Brunnem.*  
ibid. S. *humb* *inst* b. 2. pag. 290 Si hypo-  
theca possideatur ab extraneo, & quidem  
mala fide, tunc de *Jure* civili circumscri-  
bitur actio hypothecaria 30. annis, &  
de hoc casu intelligentia est l. 3. *Cod.*  
*de prescript.* 30. vel 40. annor. *Zach* *ff. de*  
*t. num.* 49. vide & *Hinn.* ad *Traul.* vol.  
2. *dis* 1. *ib.* 7. q. 47.

Ad prescriptionem longissimi temporis  
spectat etiam illa, quæ 40. annis con-  
cluditur, quæ de *Jure* communi præ-  
scribuntur res *Ecclēsiasticæ*, quæ vide-  
licet pertinet ad *Ecclēsiam*, c. 4. *Et* c.  
8. *Et* b. c. *Engel* n. 3. *Perrin* loc. cit.  
n. 92. Excipitur *Ecclēsia Romana*, con-  
tra quam non currit nisi centenaria præ-  
scriptio, cap. 13. *Et* b. c. *Perrin* loc. cit.  
*Rub* *tract. de usucap.* cap. 5. *affix.* 28.  
*Cuar* *in c. prescript.* p. 2. §. 1. n. 6.

De *Jure* *Africanæ* res *Ecclēsiasticæ*, & 40.  
Ministerium nullo unquam tempore  
posse prescribi, idque demonstratur  
per *Generatus* *Perlmanni* l. de dato 22. Ju-  
ni 1634. *Ferdin.* II. de dato 25. Fe-  
briar. 1634. *Moxim* l. II. de dato 10. Ju-  
ni 1575. *Si* *inger* in *Mau-Script* verb.

*Größte Güter. Fürstenerwälder lib. 2. obs. 107. num. 8. ubi num. 32. Et segg. rationes, & motiva, quibus hæc consuetudo nititur, longa serie adducit. Quare quilibet possessor Prælati agentis titulum suæ possessionis edere tenetur.*

Res immobiles de *Jure Austriaco* non præscribuntur nisi 32. annis. Ita de consuetudine hujus inferioris Austriæ testatur *Bernard. Palter lib. 4. tit. 120. verbis: Welcher ein liegendes, Gut, &c. i. e. Si quis rem immobilem prout Austria infra Annis moribus antiquis tantum est per 32. annos continuos possidet, eaque usus ac fructus est, hac duratur nec interrupta possessione, tum ille. tum heredes ejus, solo jus ac dominium habent constitutum, ut si quis deinceps rem illam vendere suspexit, possessor ejusve heredes, licet anti quam possessionem suam nullo titulo possint suæ, in tuto tamen ea sola sunt collocati, ita ut Prescriptionis agentis iure opponant. Et ab actione hoc uno præsidio liberentur. Præscribuntur pariter Credita abaque pira personalia, 32. annorum lapsu. *Fürstenerwälder lib. 2. obs. 104. n. 5.**

41 *Tempus immemorabile* est cujus initium memoria non extat quo tempore præscribuntur res, quæ aliis præscribi non possunt. Hæc præscriptio habet vim privilegii, æquiparatur privilegio à principe concessio, c. 46. §. 5. præterea. Et de V. S. Spatiumque tanti temporis tantum potest, quantum Imperator *Schmid. mem. 81. P. Egel. num. 34. Parthing. loc. cit. n. 128. Myns. cent. 1. obs. 30. ubi ait i præscriptione immemorabili probata, non adunus probationem in contrarium.*

42 In speciem tempore immemorabili præscribuntur I. Res, testamentò alienari prohibite, de quibus, l. 3. ult. Et *notab. Res, quæ Cod. commun. de legat. Parthing. loc. cit. §. 7. num. 39. Et segg. II. Res notales arg. l. 30. Cod. Jure dot. III. Regalia*

principis, v. g. Jus collectandi, eudem di. monetam, imponendi vectigalia, & denique omnia illa Jura, quæ non possunt competere, nisi ex speciali privilegio principis. *Schmid. num. 33. Struv. Exercit. 43. rh. 24. Harp. n. 218. Reichs-Abschuld. de A. 1548 §. Wo aber innerhalb Menschlichen Gedächtnis 64. herlich p. 2. concl. 8. num. 14. Tanager de Except. p. 3. c. 10. num. 183.*

Differt ista præscriptio à centenaria, quia hæc potest esse non immemorialis, cum homines reperiri possint ætatis tam provectæ, ut centum annorum recordentur. *Parthing. loc. cit. num. 129. Cobar. m. c. 2. p. 2. §. 3. num. 6. Et 7.*

#### §. SED ALIQUANDO. I.

Hucusque excussimus IV. præscriptionis *Requisita*; puta, bonam fidem, justum Titulum, possessionem, Et legitimum tempus.

Jam in hoc, & segg. §§. agendum de 43. quanto præscriptionis *Requisito*, quod in eo consistit, ut res, non sit usucapæ, h. e. usucapi non prohibita, l. 24. ff. de usucap. Et *usucap.* Prohibendum autem in specie usucapi res, quæ commercio humano exemptæ sunt, veluti *liber homines sacra, sancta, religiosa, text. hic. l. 9. ff. de p. Ratio, quia præscriptio est modus acquirendi dominii, hæc autem res in dominium non cadunt, ergo &c. *Menz. num. 4. Myns. Et Pensens. hic Similiter servus fugitivus usucapi non potest, text. hic. Ratio, quia res furtiva (ut statim audiemus) non potest usucapi; atqui servus fugitivus est aliquo modo furtivus quia sui ipsius furtum facere dicitur, l. 1. Cod. de serv. fugitivo. ergo.**

#### §. FURTIVÆ. CUM §. QUON AUTEM SEQ.

Præterea res furtivæ, & quæ vi posside-44  
re sunt, neque à fure, & violento pos-  
sessore,

efflorere, neque ab ullo alio, etiam si bona fide rem talem ab alio acceperit, usucapi possunt. Ratio quoad furem, quia & utulo, & bonâ fide caret. Ratio quoad bonæ fidei possessorem, quia furtum, & violentia sunt vitia realia §. *lur.* vitia autem realia rebus semper cohererent, eâque, ut lepra leprosum, sequuntur, l. 4. §. 6. ff. *l. s.* Et l. 11. *Cod. de acq. Et ream. poss.* Uade infert *Imperator* in §. *hic.* quod in rebus mobilibus triennalis præscriptio raro procedat, quia plerumque, qui primus rem vendidit, cum dominus non fuerit, furtum commisit.

Non sine mysterio autem dicit *Imperator* res furtivas, & vi possessas à bonæ fidei possessore longo tempore usucapi non posse; enimverò si quis longissimè tempore, 30. scilicet, vel 40 annorum spatio eas bonâ fide possederit, tunc præscribit, l. 3. Et 4. *Cod. de præscrip.* 30. vel 40. ann. *Sabrid* n. 61. Et n. 65. *Mansing* num. 5. Ratio, quia tantò tempore vitium, quod impediēbat usucapionem, eligitur, & purgatur. *Manz* n. 10.

#### §. SED TAMEM. 4.

45 Q. hic, quid juris, si heres rem, defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, exheredans, & hereditariam esse, bona fide accipiens vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, poteritne ille, qui bonâ fide recepit usucapere.

R. quod sic, ratio est, quia licet hæres rem, defuncto commodatam, invito dominò, i. e. commodante, contractaverit, quia tamen non fecit sciens, & male fide, sed ignorans, & bonâ fide, furtum non commisit, consequenter ea res in vitium furti non cecidit, furtum enim est contractatio fraudulenta, neque absque affectu, & doloso animo contrahitur, §. 7. *Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.* *Manz* n. 2.

Sed, poteritne etiam ipse hæres, in bona fide existens, rem, defuncto v. g. commodatam, præscribere? Non potest, quia defunctus non potuit; ergo neque hæres. Defunctus non potuit, quoniam, rem esse alienam, scivit, adeoque in mala fide constitutus fuit; atqui hæres succedit in universum Jus defuncti, & ignorantia sui ejusdem vitii non excludit, l. 11. ff. *de divers. Et tempor. præscrip.* *Harp. novu.* 7. *Comar. in c. possess.* 2 p. 2. *Meno. b. de recup. poss. remed.* l. 1. n. 618.

#### §. ITEM SI I. S. 5.

Q. hic, quid juris in hoc casu? *Sempronius* habet usum fructum ancillæ, Et partem ex illa susceptum Titio bona fide vendit, poteritne Titius partem præscribere?

Ratio dubitandi est, quia *Sempronius* vendidit rem alienam; partem enim ancillæ, sin fructu non est, atque adeo ad proprietarium pertinet, absurdum enim (inquit §. 39 de R. D.) videtur hominem in fructu esse.

Verùm, hac ratione non obstante, *Imperator* decidit, usucapionem procedere, ex ratione, quod furtum, sine affectu & animò doloso non commutatur.

Colligunt aliqui, ex hoc §. quod error juris usucapionem non impedit, puta ex parte tradentis, secus ex parte accipientis. *Mansing.* n. 1. *Manz.* num. 4.

#### §. ALII S. 6.

Dicit *Imperator* aliis quoque modis accidere posse, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut a possessore usucapiatur, sed eos modos non enumerat, nec nobis enumerare placuit, ne alias rudis, & infirmus animus studiosi multitudinis, & varietatis rerum nimium oneretur. §. 2. *Inst. de J. Et J.*

#### §. QUID

## §. QUID AUTEM. 7.

Viso, quomodo res mobiles alienae in alium sine vitio furti transferantur, ostendit modò Imperator, quomodo possit res immobilis aliena sine vitio ad alium devenire; pro cuius intellectu figuratur talis

## CASUS.

Titius, peregrè profectus, fundum **46** quendam vacuum reliquit, aut praesens nullam ejus curam habuit, aut denique sine successore decessit: Cajus in fundi possessionem intrat. Q. An ipse Cajus possit praescribere? *æ. negat.* Quia intelligit, fundum alienum esse, quem occupavit; quod enim tuum non est, scire debes, ad alium pertinere, *l. for. Cod. unde v.* Sed quid, si Cajus Cornelio fundum vendiderit, poteritne Cornelius praescribere?

Decidit Imperator quòd sic, & quidem longo tempore, *text. huc. & in l. 37. §. 1. ff. h. t.* Ratio est in textu, iste fundus neque furtivus est, neque vi possessus. Non furtivus, quia rei immobilis non sit furtum, §. 2. *inst. de oblig. quare debet.* Non vi possessus, quia ex supposito Cajus neminem deiecit de possessione fundi. *Manz. huc. Wesemb. n. 4.*

Dicit: Mala fides antecessoris successori particulari nocet, ita, ut non praescribat nisi 30. anni, *auth. mala fides Cod. de praescrip. long. temp.* ergo saltem Cornelius non praescribit longo tempore.

¶ I. Aliquos velle per *d. auth. mala fides*, huius §. correctionem factam esse. *Ludw. num. 2. huc. æ. II.* Notrum §. intelligendum esse de eo casu, quo Cajus in possessionem fundi, sciente domino, ingressus est, ita, ut sensus *d. auth. mala fides*, talis sit: Mala fides antecessoris successori particulari nocet quoad praescriptionem ordinariam, si dominus igno-

raverit, alienationem rei suae in alterum factam esse; secus, si sciverit. Vide, quae infra §. 12. *b. t.* scripsimus.

## §. ALIQUANDO

Dictum est in §. *b. t.* res furtivas, aut vi possessas longo tempore usucapi non posse. *Hic* ponitur limitatio, *visu in potestatem domini reversa fuerit*: nam si res in potestatem domini reversa fuerit, vitium purgatur, & usucapio procedit. *text. huc. Manz. huc.*

Requiritur autem, ut eodem modo res revertatur, quo ablata est, *i. e. gratis*. Hinc, si mihi auferatur codex meus, quem a possessore bonae fidei ex defectu domini probationis debui mercari, vitium non purgatur. *l. 4. §. 12. ff. h. t. Harp. huc. Franckius Inst. n. 7.*

## §. RES FISCO 6.

Inter ceteras, quae usucapionem respiciunt, refert Imperator etiam res Fisci, circa quas, ut accuratè procedamus, adhibenda est talis distinctio, adhaeremus de bonis, incorporatis Fisco, aut nondum incorporatis? Bonae fidei generis, sive mobilia sint, sive immobilia, non praescribuntur longi temporis praescriptione, *text. huc.* praescribuntur tamen longissimo tempore, puta 30. vel. 40. annorum spatio, *arg. l. amov. 4. Cod. de praescrip. 30. vel. 40. ann.* ubi dicitur, nullum jus privatum, vel publicum esse, quòd 40. annorum silentio non extinguatur. *Pirrling ad Jus Canon. b. t. sed. 3. §. 4. n. 105. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. §. 3. num. 16. S. bencid. n. 41. Clus. D. D. Franz. Inst. b. t. n. 15.*

Jure Austriae Regalia Principis, & res Fisci immobilia non praescribuntur, nisi centum annis. *N. De. Land. Ord. lib. 2. Tit. 31 §. 20. Sittng. in Manuscript. lit. Verjährung.*

Bona,

**Bona**, nondum incorporata Fisco, seu bona vacantia, iterum vel sunt denuntiata Fisco, vel non. Si non sunt denuntiata Fisco, forte, quia mortuus quis est sine hærede, idque fisco innumatum non est, tunc contra fiscum currit præscriptio ordinaria, puta in rebus mobilibus triennalis; in rebus vero immobilibus decennalis, *l. quantum* 18 ff. h. t. Ratio, quia bona vacantia, fisco nondum denuntiata, naturam privatorum retinent. *Mantz. n. 9. Harp. n. 4.*

Si bona sunt denunciata fisco, & fiscus ea occupare neglexit, tunc ea præscribuntur adversus fiscum quadriennium, *text. hic. l. 1. Cod. de quadrienn. præscript. l. 10. ff. de divers. & temp. præscript. Schomb. num. 41. Porring. loc. cit. n. 105. Schomb. hic. Clariff. D. P. Kong. n. 17. & communiter omnes.*

### §. NOVISSIME. 10.

Postquam Imperator multa hætenus de requisitis usucapionis disseruit, jam quasi in compendio, priora repetit, & ducit ad præscriptionem necessarium esse, ut res ipsa de qua præscribenda agitur, non habeat vitium, ac bona fide acquisita, & possessa sit; de quibus hucusque satis dictum. In specie,

**94 Q. VIII.** *An iure luendi pignoris præscribi possit?* Ut in accessu hujus *Controversiæ* conflictu, prævisa manus officiant, tenaciter

*Nota* i. Creditor, qui in securitatem crediti pignus accepit, solutus debito, illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tot. tit. ff. & Cod. de pignorat. act.* Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, nisi tunc debito exsoluto, quæsitum sit, an ius illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam, & sic pignus luendi,

*Nees ad huiusmodi.*

præscriptione 30. vel 40. annorum tollatur?

Negant *Zoef. ff. h. t. n. 41. Harp. princip. Inst. h. t. num. 183. Huum. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. tb. 2. quest. 15. Arnone. Exercit. 6. tb. 9. Pirrhyn. ad Jus Canon. h. t. n. 17. Zanger. de Except. p. 3. cap. 10 num. 190 P. Engel. ad Just. l. non. h. t. num. 9. Grot. lib. 2. obj. 18 n. 6. Myusung. cent. 6. obj. 70. num. 20 ubi hæc Sententiam testantur in Camera Imperialis receptam esse.*

Affirmant *Hacbov. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. tb. 3. lit. 1. Vinu. select. quest. lib. 2. cap. 6. Tyschus tom. 6. conclus. præf. 593. n. 1. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. num. 10. Wesem. in paratit. ff. de rescind. vend. ult.*

Prima Sententia probatur I. hac efficaciter ratione: quia actio præscriptionis non potest tolli, antequam nata sit, *L. 1. §. ult. v. Nisi ex quo actionem movere potueris. Cod. de annal. excep.* Non entis enim nullas qualitates esse, in propatulo est, *l. 4. ff. locati l. 116. ff. de V. O.* atqui pignoratitia actio non nascitur tempore contractus, aut conventionis de pignore constituendo, sed tum denum, cum debitor pignus repignavit, h. e. creditori pecuniam debitam solvit, vel alio modo satisfecit, *l. 9. §. 3. ff. de pignorat. act. & l. 11. Cod. eod.* ergo creditor huic actioni ante solutionem, à debitore factam, præscribere non poterit.

Non *Obstat*, quod ab Antagonistis contra hanc rationem regeritur, scilicet, natam esse hanc actionem pignoratitiam statim atque pignus contractum est; quia statim atque debitor pignus tradit, sibi reservat ius luendi illud, atque adeo ratione tantum effectus ut efficaciter actio ista possit intentari, post solutionem nasci videtur, argumentum simili in actione ex empto, quæ statim, atque de re, &

*L. 1*

*merco*

merce conventum, quoad substantiam, siue (ut sunt) quoad actum primum, nata est, licet. antequam pretium offeratur, emptori desineatur, l. 13. §. 8 ff. de ad. emp. §. 1. et d. Non inquam) hoc obstat et enim diversum esse causam pignoris, quam emptoris venditionis, quia simul, atque de merce, & pretio conventum est, statim oritur actio empti, & verum, nec quid aliud requiritur. Contra verò, si prius contractum est, non oritur statim actio pignoratitia, sed deinceps per solutionem. Non mirum proinde, quod actio ex emptio statim erit, præscriptio, quoniam nata est; si, cum autem sit in actione pignoratitia. Primum verò hæc ante solutionem nata non est, quam ipsam solutionem præviā ad sui naturam essentialiter requirit, ita, ut prius Jus luendi non habeat.

**Probatur II.** Quia in tali præscriptione tria requisita præscriptionis substantialia deficiunt, puta, possessio, titulus & bona fides; Possessio, quia crednor alieno nomine possidet, l. 12. ff. de U. in p. §. 1. U. in cap. qui autem alieno nomine possidet, non præscribit, l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Nec contra est, si debitor, crednozem voluisse sibi possidere, quoniam tria regula est, sibi ipsi eandem possessionis remanere mutare posse, l. 3 §. 19. l. 13. l. 19 §. 1 ff. de acq. vel amitt. p. ff. Titulus quod deficiat, patet, quia pignoris titulus non est dominii translativus, l. 15. §. 2. ff. qui sit. Bonæ cog. Bonæ fides quod deficiat, inculentum est. cum creditor sciat, se rem alienam possidere. Sanè, si fingas, creditorem habere bonam fidem i. e. rem, ut suam possidere, & esse in quasi possessione, in qua constituitur, si pignus petum sit, ille autem dixerit, id ad se pertinere, & debitor acqueverit,

ultrò lubenter concedo, 30. vel 40. annis Juri luendi pignori præscribit; adesse enim bona fides, & possessio; titulus verò quod deficiat, non refert, cum in præscriptioe longissimi temporis non requiratur.

**Probatur III.** Quia ea, quæ meræ facultatis sunt, nullo utriusque tempore præscribuntur, l. 7. ff. de ver. p. act. l. 26 ff. de divuno infesto c. 25. §. de V. S. Sic et, qui aliquot annis Ecclesiæ, aut Hospitali cuidam certam pecuniam quæritatim pro elemosyna liberè donavit, cogi non potest, ut impossibilem similiter donet, can. 61. c. 16. q. 1. Item, si 40 annis continuus Molendinum meum frequentissimè, ut frumentum molares, non propter pollutam prætextu præscriptionis te impedire, quominus, si libeat, aliud Molendinum accedat. Koug. h. s. n. 14. Parhng. loc. cit. n. 17 Covar. in d. c. 2. p. 2. §. 4. n. 6. Ratio, quia actus, & res meræ facultatis, quæ non præscribuntur, nisi prohibito unius, & acquiescentia alterius interveniat, per quam quis constituitur in quasi possessione, de quo vide omnino Parhng. loc. cit. Engel n. 9. Leymann. Throl. mor. lib. 3 tit. 1. cap. 8. Hunn. ad Treutl. vol. 2. d. p. 22 th. 3 lit. l. q. 15 Atqui Jus luendi pignoris est res meræ facultatis; consistit enim in arbitrio debitoris, tempore, quo velit, pignus repetere, ergo &c.

**Probatur IV.** Quia non valenti agere, non currit præscriptio, veluti, si obligatio diem habeat, l. 7. §. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. & in specie, l. 1. §. ult. O l. de annal. Excepit L. b. si no facti, idco, duramie patri potestate, non currit præscriptio, quia, cūdur me, agere non potest, ergo etiam debitori non currit præscriptio, quia ante solutionem agere non valet.



*Obj. I. L. 3 l. 4. Cod. de prescript. 30. vel 40. ann.* Ubi generaliter reſcribitur, omnem actionem, & omne Jus, ſive privatum, ſive publicum 30. aut 40. annorum ſpatio extingui; ergo tanto tempore extinguetur etiam actio pignoratitia, quia ly omne nihil excludit. *l. 68. ff. de legat. 3. R. id. II.* intelligendas eſſe de actione, & Jure, jam nato.

*Obj. II.* Creditor amittit actionem hypothecariam 40. annorum ſpatio. *l. 7. Cod. de prescript. 30. annor.* Ergo & debitor intra 30. vel 40. annos amittit actionem pignoratitiam; ſtatutum enim in uno correlativorum, ſtatutum quoque in altero intelligitur. *l. ult. Cod. de mudi. videt. R. d.* Axioma procedere, quando eſt eadem ratio correlativorum; in noſtro autem caſu eſt diverſa ratio. Enim vero actioni hypothecariæ, creditori competens, præſcribitur quia jam nata eſt, naſcitur enim ſtatim, quando hypotheca contrahitur. *l. 3. Cod. de long. temp. p. 3. ſupr.* At, actionem pignoratitiam ante ſolutionem naſci, non poſſe, niſi qui negat lucem in meridie, aſſert.

*Obj. III. L. ult. Cod. de pignorat. act.* ubi expreſſe cavetur actionem pignoratitiam, debitori competentem, non perimi longi temporis præſcriptione; ergo videtur extingui longiſſimo tempore. *R. d. l. ult.* eſſe intelligendam de actione pignoratitia jam nata.

*Obj. IV.* Juri offerendi poteſt præſcribi longiſſimo tempore, *l. 9. §. 3. de prescript. 30. vel 40. ann.* ergo & luendi pignoris. *R. con. aut. nec conſeq.* quoniam Jus offerendi (quod habet ſecundus creditor, qui primo creditori debitum ſolvere, & cauſam pignoris ſibi confirmare poteſt) natum eſt ſecundo creditori. Vide *Perez in Cod. de prescript. p. 30. vel 40. ann. num. 7. §. 8.*

*Obj. V.* Juri retrovendendi 30. anno-

rum ſpatio præſcribitur; ergo etiam Juri luendi pignoris. *R. Autem, eſſe falſum, & teſte Myſing. crit. 1. obſ. 26. in camera Imperialis contrariè deciſum fuiſſe.* Ratio evidens eſt, quia is, qui in mala fide eſt, nullū unquam tempore præſcribitur; acquiruntur, qui promiſit, quandoque revendere, cum ſciat, ſe ad retrovendendum obligatum eſſe, eſt in mala fide conſtitutus, ergo non præſcribit. Vide, *Loté de hac re differentes, Harp. prim. luj. h. t. num. 197. Gomez. tom. 3. reſolut. cap. 2. num. 28. Treutl. vol. 1. diſp. 28. th. 10. lit. A. Fach. lib. 2. cont. cap. 13.*

*Q. IX. An annuis præſtationibus, Et 50 redditibus (jährlichen Zuſſ und Gulten) præſcribi poſſit? v. g. an emphyteuta, qui 30. vel 40. anni canonem non ſolvit, nec à domino directi ad præſtationem interpellatus eſt, libertatem præſcribat, non ſolvendi canonem in tempus futurum?*

In ancipiti hujus ardue (nulli max. tamē) controverſia conflictu non ſunt DD. Opiniones.

*I.* Eſt æternū, qui exiſtunt, in annuis redditibus, ſive præſtationibus Jus exigendi 30. annorum ſpatio tam quoad ſuturas, quā quoad præteritas extingui. Ita *Furth. in l. 6. C. l. de prescript. 30. vel 40. ann. §. h. p. 2. conſ. 10. Menoch. co. lib. 49. num. 20. l. 1. p. contror. iuſt. lib. 2. cap. 83. num. 38. S. l. uend. luj. h. t. num. 14. Zinger. de ex. cap. p. 3. cap. 10. n. 188. Ba. hov. ad Treutl. vol. 2. diſp. 22. th. 3. lit. 1.*

*II. Sententia diverſa, ex annuis præſtationibus deſcendant an contractibus, an verò ex legatis. In priori caſu ſubſcribunt primæ opinioni. In poſteriori docent, 30. annorum decurſu præteritas tantummodo penſiones præſcribi.*

**III. Sententia** [cui Ego quoque adfipulor] docet singulorum annorum singulas esse præscriptiones, ita, ut illæ duntaxat præstationes præscribantur, respectu quarum 30. ann. lapsi sunt, non verò futura, nulli facti differentiæ inter pensiones ex contractu, vel ex legato debitas. Ita intrepidè sinit nent Harp. *princ. inst. b. s. num. 17* Zoes. ff. *b. s. num. 44. Henu. ad Trentl. loc. cit. quæst. 16. Berleib. part. 2. concl. 4. n. 10. Mynsing. cens. 3. obs. 13. Guil. lib. 2. obs. 73. num. 1.* Ubi hanc sententiam in Camera Imperiali multis præjudiciis confirmatum esse, testatur.

**Ratio**, quare singulorum annorum singulæ debeant esse præscriptiones sive (ut luculentius tibi loquatur) quare debeant esse tot præscriptiones, quot sunt actiones, est hæc, quia singulis annis oriatur nova actio, cum singulis annis, quod promissum est, præstandum sit; ergo singulis annis opus est novæ præscriptione, quæ actio noviter nata extinguatur.

**Ratio** verò, quare respectu futurarum præstationum non currat præscriptio, communiter adducitur hæc; quia pro futuris annis actio nondum nata est: ergo huic præscribi non potest, non enim enim nullas esse quæritates, in præstatu est. *arg. l. 2. ff. de usufr. c. l. 116. de V. O.*

**Ratio** alia, & (med exiguo iudicio) per quam solida, adducitur à Berleib. *loc. cit.* Quia præscriptio sine possessione non procedit, *l. 25. ff. de usucap. c. 3. de R. J. in 6.* Debitor autem annuatum præstationum, ratione sequentium annorum, & futurarum præstationum, in quasi possessione non est. *text. in l. 2. Cod. de præscript. 30. et 40. ann.* Ergo:

Accedit *differt. text. in l. cum notissim. T. 3. b. Cod. de t. his rebus: in his*

*promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum præscriptionum, non ab exordio talis obligationis sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularem tempus computari: manifestum est.* En' dicitur *l. promissionibus vel legatis.* Unde sequitur inter præstationes annuas ex contractu, vel ex legato debitas, nullam adhibendam esse distinctionem. Dicitur *II. Tempora ab initio cuiusque anni, vel mensis computari.* Unde colliges singulorum annorum singulas esse præscriptiones.

**Facit** etiam hoc *l. 28. ff. quib. mod. us. s. fruct. amittit.* Si usus-fructus alternis annis legatus, non potest non utendo amitti, quia legata sunt. Sicut ergo in annuis legatis usus fructus non ual. præscriptione tollitur, sed necesse est, ut tot interveniant præscriptiones, quot anni, ita etiam in canone solvendo non una præscriptio sufficit, sed tot debent esse præscriptiones, quot sunt annuarum præstationes.

**Non adversatur I.** Quod in annuis præstationibus pro toto tempore agi possit, *l. 2. Cod. de fideicommissi.* Ergo etiam præscribi. Eam verò id, abbreviandam latius causâ, concessum est, absurdum enim foretratione cuiuslibet præstationis pecularem processum institueret.

**Necrefragatur II.** *l. 26. Cod. de usuris.* Ubi dicitur, quod debitor 30. annis liberetur ab usuris; ergo, sicut pro toto tempore in usuris currit præscriptio, ita etiam in annuis præstationibus, currat; necesse est: siquidem enim in his singulis annis deumum nascitur actio, ita etiam in usuris. R. Enim, propterea debitorum liberari ab usuris quia tantum fuit obligatio accessoria; cum ergo *l. 26. loquatur de eo casu, quo principalis obligatio*

gatio subleata est, ideo etiam usurae tolluntur, quia tamquam accessorium, sequuntur suum principale. Secus est in annuis prestationibus, quae tamquam principale debitum solvenda per se subsistunt.

**Minus Obstat III.** Dum ita insurgeat: Si obligatus quis fuerit in certo genere monetae, vel frugum, pensionem annuam solvere, & 30. vel 40. annorum spatio in alio genere, maioris valoroso, solverit, contra primam obligationem praescribit, & in futurum non tenetur annuam pensionem in alia moneta solvere, quam per 30. annos solvit. *can. olim. de m. a 20. de cons. ergo etiam, si canon omnino solutus non sit, impossibile non solvendum non erit. R. I. antea. vehementer dubium esse, contra rem enim propugnatur. Card. loc. cit. R. II. Ex Humio loc. cit. quod ideo liberetur debitor a solutione in meliori moneta, qui per aliquot annos solvit in deteriori quia dominus directus per tacitum pactum solutionem in meliori moneta censetur remississe, adeoque non se defendit tam jure praescriptionis quam remissionis. Alter Chingens. l. i. b. 2. q. 24.*

### §. ERROR. II.

**31** Dicitur *supra* ad II. praescriptionis requisitum, quod titulus putativus ad praescriptionem longi temporis non sufficit; ex ratione quia plus est in veritate quam in opinione, & falsa exclamatio rei veritatem non immutat, §. II. *l. i. ff. de legat. l. 6. ff. ad municip.* Unde si quis bona fide rem aliquam longo tempore possederit, tamen rem sibi donatam esse, postea autem, si opponat exceptionem praescriptionis, suamque titulum exhibere velit, appareat, rem ei non donatam, sed venditam vel ex alia causa traditam esse, praescriptio nihil valet.

*text. hic. §. in l. 27. ff. h. t. Marz. mna. 3. §. 4. S. hund. n. 28.*

*De 2a* procedunt, si error falsae causae consistat in facto proprio: hic enim dumtaxat error praescriptionem longi temporis excludit; error enim in facto proprio in Jure diutius esse intolerabilis *l. 7. ff. ad S. C. l. 11. Unde, si error descendat ex facto alieno, praescriptio longi temporis sortietur locum, veluti, si ab haerede res quasi legata mihi tradita sit, quae tamen legata non est *l. 3. l. 4. pro suo Harp. m. 2. vel si dicat ad me, trado tibi liberum, quem tibi ante promisi; & ego non recorder tuae promissionis, sed solummodo persuasione, & assertioni tuae credo, hoc in casu procedit ordinaria praescriptio, l. 1. ff. de h. n. 2. luc. Schneid. n. 37. Myssing n. 3. Ratio, quia error consistens etiam in facto proprio non impedit praescriptionem ordinariam, si concurrat persuasio alterius, *l. pen. ff. pro suo n. 1. l. 3. ff. pro suo. Ratio rationis, quia error facti alieni tolerabilis est; l. fin. §. 1. ff. pro suo. S. Hamb. §. 5. l. 2. hic. Pirhu 2. loc. cit. n. 64.***

*Docet:* si mihi rem, quasi venditam, quae vendita non est, tradas, licet ego persuasione tuae fidem adhibeam, pro emptore tamen non possum praescribere, *l. pen. ff. h. t. l. 2. ff. pro emptore.* Ergo error in facto proprio impedit usucapionem, tamen persuasio alterius accesserit, & juxta omnes D<sup>os</sup>. id speciale esse in contractu emptoris venditionis.

*Ratio* specialitatis est, quia in contractu emptoris venditis requiritur bona fides duplici tempore, scilicet conventionis & traditionis; in aliis vero contractibus sufficit unum tempus, nimirum traditionis, *d. l. pen.* Jam vero si emptio venditio non praecesserit, quam tamen praescribere volens praecessisse existimat, non habet probabilem causam

erroris, facile enim scire potest, empuonem venditionem præcessisse, et in pretium ipsi solvendum sit. Vide *Harp. n. 2. Scharb. hic.*

### §. DIUTINA 12.

12. *Q. An & quomodo bona fides proficit, vel mala fides nocet successoribus in ordine ad præscriptionem?* Li certa ab incertis, & clara ab obscuris methodice discernantur, sequuntur.

*Affertio I.* Bona fides antecessoris prodest successoribus tam universali quam particulari. Successor autem universalis dicitur, qui desinens personam representat, & in universum jus ejus succedit. Particularis, qui ex titulo singulari, puta empti, donati, venditi &c. rem ab altero consequitur.

Unde sua sponte fuit, quod si Titius agrum alienum bona fide, & iusto titulo possideret per 7. annos, postea decesseret, & me hæredem scripserit, vel illum fundum legaverit, vel in vivis vendiderit, ego istum agrum per triennium possim præscribere, *text. hic. & l. 14. ff. de divers. & temp. præscript.* Ratio est, quia antecessor, transferendo rem in alterum, simul etiam transfert totum jus, quod in re illa habuit. *Mauz. num. 4. Schneid. num. 55. Harp. num. 2. Concordat Jus Aust. N. Oe. Land-Tafel. tit. 135.*

*Ampliat*ur, ut bona fides antecessoris successoribus proficit, etiam hic incipit esse in mala fide, *text. hic.* Ratio, quia de Jure civili bona fides ab initio dumtaxat præscriptionis desideratur. *Mythug. hic. Mauz. n. 25.* Sacis est de Jure Canonico, c. 2. de R. l. in 6. *Schamb. §. 7. hyl. hic.*

13. *Affertio II.* Mala fides antecessoris successoribus particularibus, in bona fide existentibus, nocet in præscriptione longi temporis, non autem longulissimi. Hinc sua-

dam, quem Titius mala fide derelictus, & possedit, ego verò bona fide à Titio emi, longè tempore non possum præscribere, verò verò l. 1. ff. si quis, & ita sancitur in *auth. male p. l. i. Cod. de p. a. script. long. temp.* His verbis, Mala p. l. i. possessore alienante, cessat la. si temp. a. p. scripto, si verus dominus sit suum ignorat. Itaque de Jure novo successores particularis rem, quum antecessor nulla fide possedit, non præscribit, nisi longulissimo tempore. *d. auth. male fides & Nov. 119. cap. 7.* Alud de Jure antiquo obtinuit, quo mala fides antecessoris successoribus non nocet; ita, successor à se inchoare, & præscriptionem tempore ordinariis complere poterit, l. 5. ff. de divers. & temp. p. script. P. Engel. ad Jus Canon. h. t. n. 16. *Parbung. n. 66.*

*Limitatur I* ut d. *Auth. Male fidel* locum non habeat, si sciente domino res alienata sit, & dominus novum possessorem toto tempore non convenerit; hoc enim casu procedit longi temporis, & ordinaria præscriptio. P. Engel. d. loc. *Schneid. num. 66.*

*Limitatur II.* si antecessor non fuit in vera, sed ficta mala fide, ut ecce l. hæres, qui res, à defuncto mala fide possessas, bona fide apprehendit, & rursus in alium bona fidei possessorem alienavit, hac occasione tempore præscribit, quia d. *auth. male p. l. i.* loquitur tantum de successore legitimo immediato, non mediato. *Ubi resp. 12. ab 1. Landrel. Inst. b. t. §. 2. Zoz. ff. h. t. n. 61. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. §. 9. n. 6. Parbung. ad Jus Canon. h. t. num. 79.*

*Affertio III.* mala fides defuncti successoribus universalibus, sive ex testamentis, sive ab intestato venientibus, ita nocet, ut neque præscriptionem à se inchoare, neque longi tantum tempore præscribere possit, *l. 1. lach. hb. 1. cap. 66. §. 1. 8. c.*

27. *Zolf. loc. cit. n. 62. Schmid. num. 68. Covr. loc. cit. n. 9. F. Engel. loc. cit. n. 16. Duffent. Foff. lib. 2. cap. 73 n. 9.*

Ratio, quia hæres representat personam defuncti & universum ejus Jus succedit, adeoque censetur eandem fidem habere, quam defunctus habuit, cum hæres, & defunctus una eademque persona sit; sicut ergo defunctus cum mala fide nullò unquam tempore præscribere potuit, *d. l. 2. de R. J. ut 6* ita neque hæres ipse.

Ratio alia, quia hæres tenetur ad exonerandam conscientiam defuncti; si ergo defunctus malum fideum habuit, tenebatur domino rem restituere, quam si non restituit, hæres tenetur restituere, ut exoneret conscientiam defuncti.

Accedit, *l. cum heres 11 ff. de divers. Et temp. præscript. cum heres in Jus nonne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, nec usucapere potest, quod defunctus non potuit. Item sancit l. ultra 11 Cod. de acquir. poss. verbis: vitia poss. sionis, & in prioribus contracta, perdurant, Et successorem auctoris sui culpa constatur. Porrbing. loc. cit. n. 68. Eusebiuswald. lib. 2. obs. 105. num. 66.*

### §. FINAL.

55 Recenset imperator in hoc § singulare aliquod privilegium, fisco competens, pro cujus pleniori intellectu,

*Quætu censetur: quid juris, si quis a fisco rem alienam emerit?*

R. Imperator olim ex Edicto, & Constitutione Divi Marci Imperatorum cautum fuisse, ut, si quis emerit à fisco vel ejus procuratore rem quandam, quam ipse credebat fisci esse, cum in rei veritate esset aliena, & post venditionem quinque annis præterierit, cæteris paribus, præscriptionis exceptione repellere potuerit, *l. ult. Cod. si advers. sit.*

Hoc privilegium postea per Constitutionem Zenonis, sua exemptione atque adiutam, ut si quis a fisco vel venditionem, aut donationem, vel alium justum titulum rem alienam bona fide acceperit, statim sine ulla præscriptione aut temporis lapsu dominium ejus consequeretur, & in omnem casum securus fieret, ita, ut nullà actione conveniri posset. Ratio hujus privilegii nulla est alia nisi favor fisci; ut notatum, statim hæc securitate, facilis emptorem rei fidei in ventres hominesque ad contrahendum cum fisco magis alliceretur, *Manz. n. 1. 2. §. 3.*

Sed, nunquid iniquitatem sapit, priorem dominum circa culpam suam re sua privari? Habet ille licentiam usque ad quadragenarium adversus fiscoem intendendi actionem, quam si debito tempore non intenderit, negligentia sua libet, quod imputet, *l. 2. Cod. de quadrienn. præscript. §. 1. Schaub. l. 10.*

Porro hoc privilegium, fisco competens, Imperator Jus manus in *l. ult. Cod. confirmat, & utrumque, dum constituit, ut & hoc privilegium in suis bonis patrimonialibus procederet; ita ut si quis aliquid à se de privato patrimonio, vel etiam ab Augusta, id est, uxore sua, emerit, statim securus sit, & a nemine molestari aut conveniri possit, *l. 3. Cod. cit. t. Harp. num. 3. Broom. in d. l. Perez. in cod. d. t. ubi sub num. 4* hæc constitutiones in defectum abuisse, automat. asseritque, possessorem, qui rem alienam à fisco, vel à principe emit, conveniri posse, tenerique laudare auctorem.*

D. Et pro intelligentia textus tibi sufficiant Sequitur de contrariis usucapionibus; contraria autem præscriptionis sunt modi, quibus præscriptio vel non procedit, vel dormit, vel interruptitur, vel rescinditur.

Nam

59 *Non procedere dicitur præscriptio*, quando ob defectum alicujus conditionis requisitæ non potest incipere, ut si in præscriptione triennali aut decennali de sit titulus, bona fides, aut possessio civilis. *Clariff. D. P. König. ad Jus Canon. n. 53.*

57 *Dormit*, & dicitur præscriptio, quando legitimè inchoata ob impedimentum superveniens suspenditur, & quiescit, ita tamen, ut remota impedimentum denuo procedat, possitque tempus subsequens continuari cum præcedente, deductò solò tempore intermedio inutili. Sic dormit I. tempore pupillaris ætatis, l. 10. ff. quib. mod. servit. annis l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. Hæc enim ætas facit, ut contra ipsum pupillum nulla inchoari possit præscriptio, l. 43. ff. de A. R. D. Harp. num. 8. §. fin. b. 1. & inchoata sistant, siue sit longi, siue longissimi temporis. d. l. 3. *Clariff. D. D. Inß b. 1. num. 24. Concordat Jus Angl. N. Oc. Land Tafel tit. 33. Wider einen Pupill.* &c. i. e. Contra Pupillum vel minorem nulla currit præscriptio, donec Major evaserit, Et si in jure sit.

II. *Dormit præscriptio tempore minoræ ætatis*, l. 3. Cod. quib. non obiect. long. temp. præscript. l. ult. Cod. in quibus caus. in integ. restit. non est necess. Contra minores enim non currit præscriptio ordinaria; sed toto illo tempore quiescit, ac non antè evigilat, quàm minor evaserit major ætatis, d. l. 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. & d. l. ult. Cod. d. t. *Frenz. loc. cit. num. 25. Et num. 44. Dixit ordinaria quæ præscriptio 30. vel 40. annorum currit etiam contra minores; ita tamen ut beneficii restitutionis gaudeant. Brunner. m. l. 5. Cod. in quib. caus. in integ. restit. necessaria non est n. 8.*

III. *Dormit præscriptio tempore præsentis contagii, ætatis belli, ac*

*durantis hostilitatis.* l. 10. §. l. 1. Ratio, quia non valens agere non currit præscriptio l. 1. Cod. de annu. excepti tempore autem prædicto nemo valet agere, cum nemo iniqui Jus dicat. *ergo Parhing. loc. cit. num. 31. Harp. n. 11. Concordat Jus Austriac. Land-Tafelb. 4. tit. 134. doch wo ein Krieg, &c. l. 1. e. Si tamen B. Bom. huet, vel alia regim. universa communis calamitas incidat in tempus currentis præscriptionis, ita ut Juri non sit ac elusa sint tribunaia, tempus illius ratio non habetur, imò detrahatur ex annis possessionis.*

IV. *Dormit præscriptio contra Ecclesiam, sede vacante, aut Prælato excommunicato, vel quomodocunque agere impedimento.* c. 1. 14. Et 15. §. b. 1. *König. loc. cit. n. 54. Engel. ad Jus Can. l. 1. n. 34.*

*Interrumpi dicitur præscriptio vel naturaliter, vel civiliter.* Naturaliter interrupti dicitur præscriptio si aliqua ex conditionibus requisitis deficiat, forte, quòd mala fidei superveniat, vel possessio amittatur. Quo in casu debet de novo inchoari præscriptio. *Pulchre Parhing. loc. cit. n. 133. Cower. m. c. 2. de R. J. m. 6. §. 10. n. 2. Civiliter præscriptio interrupti dicitur, quando Jus possidendi per actum aliquem Juridicum in dubium vocatur, quod fit per *contumaciam*, *hæc confessationem*, maxime per *sententiam*, l. 10. Cod. de acq. Et restit. possess. *Clariff. D. P. König. n. 56. Parhing. loc. cit. n. 134.**

Porro naturalis, & civilis interruptio, quantum ad effectum, duas notabiles habet diff. tenus I. Est, quòd naturalis interruptio se habeat respectu omnium adversariorum, & absolute præscriptio interrupta sit, l. naturaliter ff. b. 1. Civilis verò interruptio tantum se habet respectu illius, qui litem movit, unde si is non fuerit verus dominus, & anterior

interim contra verum dominum tempus elapsum sit, erit præscriptio completa, quamvis ille, qui dominus non erat, circa eam rem litem instituerit, *l. 2. Cod. quib. res jud. non nocet. II.* Differentia est, quod præscriptio, & præscriptio, civiliter interrupta, tunc demum maneat interrupta, si sententia condemnatoria contra possessorem sequatur: si verò possessor victoriam obtinuerit, vel per pactum aut transactionem à lite recessum sit, perinde tunc possessionis continuatio habetur, ac si hæc mota non esset, *P. Engh. h. t. n. 34.* Ratio multo videtur esse

hæc, quia durante lite, possessor animam, rem ut suam habendi, semper retinet. Concor. *Jus Aust. lib. 4. tit. ult.*

*Rescindi* dicitur præscriptio, jam completa, quando adversus eam restitutio in integrum conceditur. Conceditur matrem *I. Minoribus* intra quadriennium à die majorennitatis numerandum, *l. 11. Cod. si advers. usucap. II.* Ex causa necessaria & probabili; veluti reipublicæ, vel studiorum absentibus, de qua materia latius *Digestis* Interim vide *Clariss. D. P. Koenig. loc. cit. n. 59. & Parrhing. loc. cit. n. 133.* ceterosque ab his allegatos.

## TITULUS VII.

## DE DONATIONIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 Desinitur donatio.
- 2 Dividitur in propriam, & impro-  
priam.
- 3 Quid sit donatio mortis causâ?
- 4 Quâvis præsumatur in dadio esse do-  
natio?
- 5 Quid intersit, an sit donatio inter  
vivos, vel mortis causâ?
- 6 Mortis causâ donatio fit tripliciter.
- 7 Quomodo revocetur?
- 8 Equivoca esse ferè per omnia legatis.
- 9 Recensentur requisita donationis mortis  
causâ.
- 10 Quid sit donatio inter vivos?
- 11 Quomodo perficiatur?
- 12 Excedens 500. solidos infirmari debet.
- 13 Limitatur in variis casibus.
- 14 De jure Austriaco infirmatus donationis  
exolevit.
- 15 Quæ sunt iustæ causæ revocandi dona-  
tionem?
- 16 An jus revocandi transsit ad heredes?  
Kees ad Instituta.

- 17 Quinam donare possint?
- 18 Et quibus donare possit?
- 19 Donatio inter vivos, & secorum pro-  
hibita.
- 20 Limitatur in aliquibus casibus.
- 21 De jure Austriaco donationes inter con-  
juges valent.
- 22 An donatio omnium bonorum valeat?
- 23 An ob graviores, vel aequè graves  
aliàs causas revocari possit?
- 24 An ob insperatam liberorum nativita-  
tem revocetur?
- 25 Donatio propter nuptias quid sit?
- 26 Quid sit Morgengaba?
- 27 Quid sponsalitia largitas?
- 28 Si nuptiæ non sequantur, ad quem  
pertinent munera sponsalitia?
- 29 Quid sit proxeneticum?

**A**D modos acquirendi domini civi-  
les spectat etiam Donatio, quæ ab  
etymologia nominis quasi donatio dicitur,  
& desinitur quod sit actus quo libe-  
ralitatem erga alterum acceptantem exer-

cemus, l. 29 ff. h. t. l. 82. ff. de R. J.

*Dispersetur in propriam & impropiam.*

2 Illa est, qua aliquid in alterum, ex motivo meræ liberalitatis absolute, & irrevocabili-  
ter conferimus, l. 1. ff. h. t. Hæc  
est, qua aliquid in alterum, ob aliquam  
causam, non irrevocabili-ter conferimus.  
Hinc spectat donatio mortis causâ, donatio  
remuneratoria, donatio propter nuptias,  
donatio sub modo, &c. *Class. ff. D. D. Franz*  
*h. t. n. 1. Zoef. ff. h. t. n. 1.*

### §. MORTIS CAUSA I.

3 I. Locò Imperator agit de donatione  
mortis causâ, quæ desinitur, quod sit  
actus, quo mensu secutura mortis in alie-  
rum a. capitalem aliquid conf. immo Ger-  
manicè dicitur: *Eine Ubergab. Jo auf den*  
*Tuit. F. d. ger. h. t. ff.*

Dixi: *intuitu secutura mortis*, quia ut  
sit donatio mortis causâ, principaliter  
requiritur, ut in ea sit expressa mentio  
mortis; alioquin habetur pro donatione  
inter vivos, licet ubi agonizante fiat.  
Hinc, quamvis aliquis, in extremis, &  
articulo mortis constitutus, donet; si  
tamen non dicat, se mortis causâ donare  
vel non faciat mentionem mortis expres-  
sam. In dubio præsumitur, & intelli-  
gitur esse donatio inter vivos, l. 42. §.  
fin. ff. de donat. mort. causâ. Ratio, quia,  
qui simpliciter & absolute donat, non  
tam mortis causâ, quam moriens donat,  
Menz. n. 4. & mortis videtur potius esse  
causa impulsiva quam finalis. *Brunemius*,  
*in d. l. 42. n. 5.*

4 Sic pariter, donatio inter vivos esse  
intelligitur, quando mortis quidem men-  
tio facta est; sed solummodo per modum  
dilatationis, & dono ubi omnia bona mea  
reservat usu-fructu usque in tempus  
mortis *Mench. lib. 3 præsumpt. 35 n. 4.*  
*Fünsterwald. lib. 4. obs. 20. n. 1. d. d. d. d. d. d.*  
*in men. Scryp. ut. D. §. Donatio. ubi*

at, si quis ita dixerit: *Dono tibi centum*  
*præstati in post mortem*; de Jure quidem  
communi censeri donationem inter vi-  
vos, prout debet, *Fuch. n. 1. §. 5. cont. 22. De*  
*Jure vero Anst. n. 6 de usu fructu*, esse  
donationem mortis causâ. Sed

Q. I. Quod referat, an sit donatio inter  
vivos, an vero mortis causa? R. multum  
refert. I. Quia donatio mortis causâ est  
revocabilis usque ad extremum vite spi-  
ritum; donatio vero inter vivos, semel  
perfecta revocari non potest, §. 2. *Inst. h. c.*  
II. Donatio inter vivos si excedat 100.  
solidos, debet insinuari, l. 25. §. 4. *sancti-*  
*mus. Et l. 31. Cod. de donat. III.* Pro  
donatione mortis causâ competat Rei  
vindictio, actio hypothecaria, & actio  
personalis ex testamento, §. 1. *text. h. c.* ubi  
donatio mortis causâ in omnibus scilicet di-  
citur legari exequata; pro donatione  
inter vivos competat conditio ex lege.  
*Fünsterwald. loc. cit. n. 5. Chungenff. Inst. h. c.*  
*q. 5. Schneid. n. 3.*

6 Porro donatio mortis causâ fit tripli-  
citer. I. Cum quis, nullo præsentis peri-  
culi metu contritus sed solummodo  
cogitatione donat; foris, quia intelligit,  
hunc non esse mori, & mortem certam,  
horam vero incertam; & hæc est prima  
species donandi mortis causâ, circa quam  
singulariter notandum, quod tamen  
aliam donationem mortis causâ per reconva-  
lescentiam, vel cessantem periculum ipso  
Jure resolvitur, & revocetur, l. 19. l.  
24. l. 35 §. 3 ff. de mort. causâ. *Inst. h. c.* hoc  
tamen de hac specie donandi mortis cau-  
sâ non procedit, adeoque non resolvitur  
donatio; licet postea infirmitatem in-  
ciderit, & ex ea reconvaluerit ratio,  
quia non cessat causa, propter quam  
donavit; quoniam is, qui sanus, & in-  
tegræ valetudinis solè cogitatione morta-  
litate donat, non propter aliam infirmita-  
tem in quam incidit, donavit, sed propter  
mortem



sortem, quam scit se evitare non posse, quæ causa adhuc subest. Ita *Schneid. n. 3. Mynsing. n. 4. Manz n. 18.*

II. Fit Donatio mortis causæ, cum quis, imminenti periculi metu conterritus, ita donat, ut res statim fiat accipientis, sed sub conditione resolutivâ, v. g. si quis sit infirmus, ita ut, ex ea infirmitate se moriturum credat; vel, si quis aggressus est periculosa navigationem, aut iter incertum feris, latronibus, Hostibus &c. &c. ita donet, ut statim rem donatam tra lat donatario.

7. Circa hanc donationem furis est quoddam idem ita statim perfecta sit, & donatum transferatur in donatarium, sed eveniente conditione, si scilicet Donator præ eius periculum evelit aut ex ægritudine reconvaluerit, statim ipso iure resolvatur, & res donata ad Donatorem revertatur, l. 1. §. 2. ff. de R. C. l. 12. ff. de condit. caus. dat. caus. non fecit. Ratio est in *textu* hi. quia Donator censetur ita donasse, ut, si quid humitius ei contigerit, haberet, & remitteret is, qui accepit; si autem supervixisset, ipse reciperet. *Manz. n. 16. Harp. n. 63. Schneid. n. 3. Gomez. var. resolut. tom. 2. c. 4. n. 19.*

III. Fit donatio mortis causæ, cum quis periculi metu percussus, ita donat, ut res donata non statim fiat accipiens, sed tunc demum, cum mors infecuta fuerit; & hæc donatio morte demum perficitur, ita ut, cessante, & superato periculo, non tam resolvitur, quam fieri nulla, & inutilis. *Mynsing. num. 3. §. 4. Manz. num. 17. Fra. æquus Inst. luc. num. 7. Bachov. ad Treutl. vol. 2. d. sp. 19. th. 9. lit. G. §. H. Ratio, quia conditionalia ex evento conditionis penitent, & conditione non existente, perimuntur, l. 8. §. quid si ff. de peric. & commod. rei vendita.*

## AD V. VEL SI EUM.

Vidimus, quomodo donatio mortis causæ, per convalescentiam revocetur. In hoc. V. tra. litur, quod etiam per penitentiam revocetur, & resolvatur: ratio, quia donatio mortis causæ est species ultima voluntatis, *text. hic* atque ultima voluntas est revocabilis usque ad extremum vitæ spiritum, l. 23. t. 3. ff. de donat. aut vt. *§. ux. l. 4. ff. de adimend. vel si a se en l. 1. §. at.* Ergo &c. *Schneid. num. 22. Manz. num. 29.* Et hæc præce lit de omnibus tribus speciebus quoniam omnes tres species æquiparantur ultimæ voluntatibus. *de hinc. hic. V. Quæres 4. Weseimb. in paratit. ad ff. l. n. 7.*

## AD V. AUT PRIOR.

III. Revocatur donatio, quando donatarius prius moritur, quam donator, l. 23. ff. de mors. caus. donat. Ratio, quia legata, quæ relinquuntur in ultima voluntate, non debentur, si præ moritur is, cui relicta sunt, i. m. Cod. de saduc. tollend. Ergo idem de donatione mortis causæ asserendum erit, utpote quæ ad exemplum legatorum redacta est. *Text. hic. IV. Weseimb. Inst. l. r. n. 4. Fra. l. n. 9.*

## AD V. HÆ MORTIS.

De Jure antiquo dubitatum fuit, num donatio mortis causæ esset species contrahiis, num ultimæ voluntatis? Hodie autem, explosâ illa dubitatione, ab *improbatore* statutum est, ut donatio mortis causæ, *sei* per omnia legatis æquiparata sit, *text. hic, §. l. ult. Cod. de donat. causis mort.*

Verùm cum *textus* dicat, donationem mortis causæ *feri* legatis connumerari, idè ut plenius intelligatur, in quo convenient, & in quo

M m x disse

differeant, res scribenda est. Itaque convenit donatio mortis causâ cum legatis, l. quod sicut in legatis & qualibet ultimâ voluntate (exceptis testamentis) ad munda 5 testes requiruntur; ita quoque in donat.ine causâ mortis. l. ult. Cod. de donat. caus. mort. II Sicuti legata morte Testatoris confirmantur, ita quoque hæc donatio & sicut illa usque ad extremum vitæ spiritum revocari possunt; ita & hæc III sicuti de legatis detrahatur Falcidia, ita quoque de donatione mortis causâ l. c. l. 12. l. 18. § fin. Cod. ad leg. Fal. id. Plures affinitates enumerat S. baend. n. 4.

*Differt donatio mortis causâ à legatis.*  
I. Quod legatum absenti & ignorantis relinqui possit: in donat.ione mortis causâ verò requiratur tam donatoris, quam donantis præsentia, & acceptatio, l. 38. ff. de donat. mort. caus. II. Quod filiusfamilias, licet testari nequeat, possit tamen cum consensu patris donare mortis causâ, l. tam si 21. §. 1 ff. cod. III. Quod donatio mortis causâ nudâ morte donatoris confirmetur, valor legatorum pendeat ab additione hæreditatis. Schuid. loc. cit. & Vinn. Inp. hic. n. 3. ubi plures differentias recenset.

Ex versiculis, nostro § subjunctis D. colligunt, quod auctoritates Poetarum, & Historicorum ad confirmationem dicendorum quandòque allegare permittum sit, sed, quidquid sit, tu, velim, utiliora colligas, nimirum ad donationem mortis causâ requiri sententia.  
9 I. Ut in ea fiat mentio mortis, vel alterius periculi, ita ut mors non tantum sit causa impulsiva, sed finalis; aliis censetur donatio inter vivos, l. Sej. 42. §. 1. ff. de mort. caus. donat. Fuysserwald lib. 4. obs. 20. n. 9. Consil. Argentorat. tom. 2. consil. 2. n. 24. II. Ut præsens sit tam donator, quam donatarus; nam

mortis causâ donat qui præsens præsentis & acceptanti donat, d. l. 38. ff. de mort. causâ donat. Sanè, donationem mortis causâ etiam per nuntium, vel Epistolam absenti fieri posse, communiter obtinet; modo tamen ab absente acceptetur.

Nec obstat, quod d. l. 38. expressè dicat, qui præsens præsentis donat; nam & is qui per nuntium vel epistolam donationem acceptat, præsens esse intelligitur Illud tamen nego & pernego, donationem, mortis causâ absenti, & ignorantis fieri posse, si enim vix aliquid amplius superesset, quod donatio mortis causâ à legatis distingueretur, & in nihilo penitus conveniret cum contractibus. Quod si vero donatio mortis causâ absenti & ignorantis facta sit, & 5 testes adhuc ibi, valet, ut legatum Hurp. n. 10 Babow a Trentl vol 2 disp. 19 th 9 lit. A. & In hac donatione Gaura. var. resolut. tom. 2. cap. 40 n. 19. ubi ait, singulariter notandum esse, quod legatum mortis causâ absenti, & ignorantis coram 5. testibus facta, per reconvalescentiam non resolvatur.

III. Requiritur acceptatio, arg. l. 5 c. ff. de O. & A. Clar. ff. D. D. Franz n. 7. loc.

IV. Ut 5. testes interveniant, d. l. ult. Cod. de donat. caus. mort. Ratio, quia computatur ultimæ voluntati, in qua ad munda 5 testes requiruntur, l. ult. Cod. de Codicill. Schuid. n. 20.

### §. A L I M. 2.

Vidimus, quid sit donatio mortis causâ: sequitur de donatione inter vivos, quæ concinne definitur, quod sit actus, quo aliquid ex motivo nude liberalitatis absolute, & irrevocabili in alterum conferimus, l. 1. ff. b. t. l. 82. ff. de R. J. vocatur donatio inter vivos. quia non prius morte donatoris confirmatur, aut ante tempus mortis confertur; sed adhuc

vivo testatore, fortitur effectum. *Manz. n. 4* ita, ut seucl perfecta facile revocari non possit, *L. n. l. Cod. de revocand. donat.*

### AD F. PERFICIUNTUR.

**II. Q. hic.** *Quomodo donatio inter vivos perficitur?* *Et* Jus vetus discernendum esse à Jure novo. Jure veteri non aliter perficiebatur donatio, neque aff. cum aliquem generab. t, nisi interveniret, vel traditio rei donatæ, vel stipulatio, *Schamb. hic. Manz. n. 1* De Jure novo perficitur donatio ex assensu legis, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestavit, *text. hic & in l. 33. Et § 5 Cod. de donat.* Atqueque donatio inter vivos etiam à solo consensu virescit robur accepti; licet stipulatio non intervenit, habetque tantam necessitatem traditionis, quantum habet emptio venditio, simul atque de pretio & merce conventum est: sicut ergo emptio, & venditio statim perficitur, quam primum emptor & venditor inter se de pretio, & merce convenerunt, *prin. Inst. de empt. Et ven. l.* ita etiam donatio perficitur, cum donator, & donatarius in rem donatam consenserunt, *text. hic &* sicut emptio venditio statim producit actionem; ita donatio parit conditionem ex lege, *Schneid. n. 4. hic.*

Dico conditionem ex lege; toties enim conductio ex lege applicatur, quoties iura dant actionem, & nomen actionis non expriment. *tot. tit. ff. de cond. l. ex lege Zoef. ibid. Manz. n. 24. hic.*

### AD VERS ET CUM RETRO.

Dictum est, perfici donationem, sive in-sive sine scriptis aliquis declaraverit suam voluntatem. Hoc tamen limitatur, ut tu-n-d: num procedat, si donatio consistat in summa legitima, & legi-

bis approbata quantitate. Olim enim aliquis non potuit ultra ducentos solidos donare sine insinuatione, *text. hic.* Hodie autem Imperator constituit, quod aliquis quingentos solidos donare possit sine insinuatione; quod si autem donatio excessit 500 solidos, tunc insinuatio necessaria sit, *text. hic. & in l. 36 Cod. de donat.* Nomen autem 500 solidorum hodie <sup>(2)</sup> communiter 500 aurei, seu mille impenesales intelliguntur *Fuhsenwald. lib. 4. obs. 21 n. 2. P. Eupel. ad Jus Canon. de donat. §. 1. n. 7. Garl. 2. obs. 39 n. 2. Et §.*

Insinuatio nihil est aliud, quam facere donationem redigi in scripta, & acta publica coram Jussice, (ut hodie dicimus) in protothollum: quando nimirum donator coram Jussice declarat suam voluntatem donandi, petique assensum, & auctoritatem Judicis interp. ni *S. Jus d. hic. num. 8.* Ratio huus insinuationis consistit, tum in excludendis fraudibus, que in rebus majoris momenti frequentes contingunt; tum, ut Jura provideant, ne quis facile effundat suam per viam indifferetæ donationis. *Zoef. ff. l. 1. n. 41. Manz. n. 29. Et seqq.*

**Q. II.** *Quid, si donatio prædictam summam excedat, utrobique tota donatio, vel tantum quoad excessum?* *Et* vitium tantum quoad excessum, ita aperte statuit *l. 34. Cod. l. 1.* Ratio est, quia utile per inutile non vitatur in separabilibus, *c. 37. de R. J. in 6. Schamb. q. 2. Manz. n. 38. Carpaov. p. 2. Conf. 2. desjunt. 17.*

### AD VERS SED ET QUASDAM.

Dicit Imperator, se quando in donatio- nem invenisse, que non desiderant insinuationem, sed abique ea, hæc 500. solidos excedant suam obvenit firmitatem.

Qualis est *I. Que est talis, pro redemptione captivorum, l. 36. Cod. de donat.* Ratio est favor captivorum.

II. A necessitate infamationis eximitur donatio ab Imperatore, vel Imperatori facta, *d. l. 34. Et auth. Item si privatis Cod. h. t.* Princeps enim legalibus solemnitatibus solutus est, *l. 31. ff. de LL. Schneid. n. 10. Manz. n. 46. Scharb. in d. l. 34. n. 18. Herlich. p. 3. conclus. 4.*

III. Ab infamatione immunis est donatio, pro domo ruinosa, collapsa, vel exusta reparanda, facta, *d. l. 36. Cod. de donat.* Ratio, quia reipublice interest, ne ruinas ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l. 2. Cod. de adif. priuat. Manz. n. 48. Obinger. p. 9. h. t.*

IV. Infamatio non requiritur in donatione remuneratoria, quatenus merita non excedit, cum eareus non possit videri temere facta, etiam excedens summam 500. aureorum, eo quod causa sub sit, ob quam est facta, *Zuef. ff. h. t. num. 43. Suttering. in M. S. lit. D. v. Donatio.* Ubi tamen notandum, nudam meritum assertionem hac in parte non sufficere, nisi probentur, vel saltem in specie exprimentur, *l. etiam 15. §. ex præterito. v. multa ff. de minimis vendit.* *Fünferwald. loc. cit. num. 9* ubi plures allegat Sand., si donatio remuneratoria merita notabiliter excedat, sine infamatione non procedit, quia cessat ratio, quod sit meritum compensatio *Schneid. num. 35.*

V. Sine infamatione procedit donatio reciproca; quia cessat ratio, quod donator depauperetur. *Schneid. n. 36. Manz. n. 12.*

VI. Infamari non debet donatio propter nuptias, *Schneid. n. 32.*

VII. In donatione plurium rerum, diversis temporibus ab una persona in alterum facta, infamatio non exigitur, quamvis singulæ res conservatz summam 500. solidorum excedant, *l. 31. §. 3. Cod. de donat.* Ratio, quia plures in-

teliguatur esse donationes, quam una. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 11.*

De Jure Austriaco (præsertim inter 14 personas illustres) infamationes donationum non observantur, teste *Suttering. loc. cit. D. v. Donatio. Fünferwald. lib. 4. obs. 21. num. 16.*

## AD VERS. ALIA INSUPER.

Præter hæcenus enumerata dicit *Imperator*, quod multa alia adhuc ad uberiorem exitum, & robur donationum invenirent, quæ tamen hic non explicat, sed alio refert; eo quod primis juris elementis non omnia inferenda sint, ne rudis, & infirmus studentis animus multitudine, ac varietate rerum nimium oneretur. *Manz. num. 52.*

## AD VERS. SCIENDUM.

Quandoquidem supra diximus, donationem inter vivos, semel perfectam non posse sine causa revocari; Ideo nunc

Q. III. Qua ergo sint iuste revocandæ donationes inter vivos ex causa revocari vel pro parte, vel in totum. Pro parte revocantur, si sine officio, *h. t.* si sint tantæ quantitatæ, ut non sit salva, si tunc moreretur donans, is, quibus debetur, legitima, *l. 2. 3. Cod. de inoff. donat.* tunc enim revocatur post mortem donantis in tantum, in quantum desideratur, ut ea salva sit, *l. 1. 2. Et 3. Cod. eod. Schneid. g. 5. huc G. l. x. obs. 38. num. 26. Vinn. 2. sect. 9. quest. cap. 33. Clariss. D. D. Franz. h. t. n. 14. Zuef. h. t. n. 76.*

In totum revocatur donatio, si ingratus exiit donatarius, *l. ult. Cod. de revocand. donat.* indignus enim censetur beneficium, qui eodem abutitur cum dispendio largitoris, & durum est ab ingratis malis affici.

Causæ

Causæ autem ingratitudinis sequentes recensentur, ad ult. C. d. de revocand. donat. I. Si donatarius atroces injurias verbales effuderit in donatorem. II. Si impias manus et litem intulerit. III. Si vitæ donatoris fluxerint infidus. IV. Si bonis ejus grandem jacturæ molem ingesserit. V. Si conventiones, in donatione appositæ, donatarius non impleverit. Comprehenduntur hæc causæ his verbis.

Ingratum facit atrox Injuria,  
Dammum.

*Impia Dextra, Fides fraſta, pericu-  
la Necu.*

16 *Notandum*, quod Jus revocandi donationem propter ingratitudinem ex parte donatoris, & donatarii, sit na personale, tit nec hæredibus, nec contra hæredes detur. Itaque, si donatarius ingratu moriatur, antequam donatio ab ipso revocata sit, ab ejus hærede revocari non poterit ratio vera, & fundamentalis est quia ista revocatio est quædam facultas, actio, & obligatio, defcendens ex delicto ad vindictam, que non transit ad hæredes activè, nec passivè. *L. 11. Cod. ex delict. defunct. Gons. tenu. 2. cap. 4. num. 14 v. item add.* Ratio alia, quia potest, & delicta suos tantum auctores tenere debent. *Bagel. de donat. n. 20.*

Similiter si e contra donator moriatur, priusquam donationem revocaverit, hæreditas ejus revocandi nullam jus est, per apert. text. d. l. ult. Cod. de revocand. donat. Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo jure censetur, nulla licentia concedenda donatori successibilibus hujusmodi quæriturarius primordium infusum e. Ratio, quia donator tacendo videtur injuriam remissile, & licet, istam constitutionem locum habere, puet

*Submob. hic, pag. 321.* five donator ingratum finem donatari sciverit, five ignoraverit, & hoc in stricto jure defendi possit; tum quod *textus* generaliter loquens, generaliter sit intelligendus; tum, quod omnis actio, descendens ex delicto, personalis sit.

Communiter tamen *sanctum*, procedere, si donator injuriam fecerit, & revocandi tempus habuerit; non vero, si injuriam ignoraverit, & morte praecorruptus; ut, revocare donationem nequeverit; hoc eadem casu cessat ratio praesumptionis. Ita Angel. loc. cit. n. 20. G. inter loc. cit. Schneid. n. 12. Clariss. D. D. Franz. n. 16.

Q IV Quinians donate p7Tine?

¶ Omnes, qui liberam habent sua-  
ram rerum ad militationem. Hoc ex-  
cluduntur p p d m n r e f e i s i p u d g r  
quibus bonis interd ctum est, &c. *liber-  
fauit*. quoque extra peculium castronse,  
vel quasi absque consensu patris donare  
non potest, quia prajudicaret patrie  
vel in proprietate, vel saltem usu-fructu.  
Consensu tamen patris recte donat, quia  
cessat ratio. a ff. de donat. Schneid. num.  
47. Et seqq.

Q. V. *Quibus donari possit ?* *¶* collibet inter vivos donari posse, nisi per legem prohibeatur, adeoque non solum amicis & bene meritis, sed etiam in iumentis, & extraneis honestis, & inhumilis personis, adeoque meretricibus, & concubinis rectè donatur, l. in extraneos 29. Cod. de donat. l. affectionis 5d. donationis in concubinis 31. ff. h. t.

Item donari potest non solum præsen-  
ti, sed etiam absenti, *l. nec ambigi 6. Cod. h. t. § l. 10. ff. eod.* per Epistolam  
*l. si aliquid 13. Cod. eod.* Ratio esse vi-  
detur, quia hodie donationes non de-  
bent amplius fieri per stipulationem,  
sed apud perficiuntur consensu; *Gomez.*  
*var.*

*var. refid. de donat. num. 1. Harp. n. 22. Schneid. num. 56.* talis autem donatio firma non est, donec absens voluntatem donatoris ratam habuerit. *l. absenti 10. ff. h. s. ad donationem enim requiritur acceptatio. Harp. n. 22. §. 2. h. s.*

Prohibetur tamen I. miles donare sum forarix, seu concubinx, *l. 2. Cod. de donat. int. vir. & uxor.* Quod Schneid. n. 56 etiam ad Doctores & Advocatos protulit, cum & hi militare dicuntur, *l. advocati 14. Cod. de advocat. divers. iud.*

19 II Donatio simplex inter virum, & uxorem non valet, *l. 1. & 2. §. secundum, & tot. tit. ff. Cod. & de donat. inter vir. & uxor.* Ratio ne mutuo amore conjuges invicem spolientur per donationes, quia saepe contingeret, ut matrimonium surrenderetur malis exitus, si non donaret is, qui posset, & sic fierent matrimonia venalia, *l. 1. & 2. ff. eod.* Est autem concordia conjugalis omni lucro preferenda. *§. Cod. de iudic. & l. i. h. s. Schneid. n. 57. Harp. n. 28.*

20 Limitatur, ut procedat hæc cunctis. I. Si donator efficiatur pauperior & accipiens locupletior, valet donatio. Hinc, si conjuges reciproce sibi invicem donant, valet donatio, quia cessat ratio ne una pars fiat pauperior, & altera locupletior, *l. quod autem 7. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. §. h. red. n. 61.* Pauperior autem donans, & locupletior donatarius fieri dicitur, si ille minus, hic verò plùs habere incipiat. Unde sepulture causâ conjugi datum tenet, *l. 3. §. commissio ff. de donat. inter vir. & uxor.* quia licet expendisset de suo; ex hoc tamen, quòd non expenderit, non tam censetur factus divior accipiens, quàm non pauperior. Idem erit, si alteri ab altero datum, ut spòd. cum non remaneat, *l. sine uxor 34. ff. eod.* Acceptum quoque, & uulter expensum fuit cessare prohibitionem, cum non sit, quod

reperatur. *l. 7. §. si maritus. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Hinc & non incidit in prohibitionem repudiatio hæreditatis, aut legati per alterum conjugalem in favorem alterius. *l. 7. §. si maritus cum,* licet alter fiat divior, non tamen & alter fit pauperior. *l. 6 ff. quæ in fraud. Credit. etia legatum, aut hæreditas, antequam acceptetur, in bonis nostris non sit. Vide Zoef. ff. de donat. inter vir. & uxor. n. 1.*

Limitatur II. Si fiat gratia honoris, vel dignitatis adipiscendæ. *l. quod adipi. cenda 40. ff. eod. Engel. n. 1 h. s.*

Limitatur III. Nisi sit donatio mortis causâ, nam hæc inter conjuges valet. *l. 9 §. 2. ff. eod. Schneid. num. 60.*

Limitatur IV. nisi donans in eadem voluntate perseverant ulque ad extremum vite spiritum; tunc enim morte donantis confirmatur, *c. fin. §. h. s. l. cum hic status 32 in prem. p. & §. 1. & 2. de donat. inter vir. & uxor.* Cessat enim ratio prohibitionis: ne conjuges mutuo amore spolientur, Zoef. n. 59 plures limitationes vide in Zoef. ff. de donat. inter vir. & uxor. Schneid. loc. cit. Engel. hoc cit. latius enim in hanc materiam concurrere prohibet instituti ratio.

De consuetudine Austria donationes inter conjuges, stante matrimonio facite, indissolubiles valent. Ita testatur ex Walter de sine consuetud. hb. 3. tit. 17. Fuggerwald. hb. 3. obs. 22 num. 20. h. verbis: *Wienhild. i. e. Licet iure scripto Donationes inter Conjuges consistente matrimonio sint prohibita, contrarium omnino servatur in Archiducatu nostro Austria nisi à Austro, nisi ab immemoriali tempore, & usu obtinuit consuetudo.*

Q VI. An donatio omnium bonorum tam præsentium, quàm futurorum valet? Pro negativo, Marpeß firmiores rupe statit Gomez. ad 12. l. i. n. 69. n. 1. Schneid. num. 85. h. s. Farin. l. 6. cont. 87. I. lo

**I.** In eo ponunt fundamentum, quod per donationem omnium bonorum, tam presentium, quam futurorum restringatur libertas testandi, cum nihil amplius haberet donator, de quo testari posset; atqui libertatem testandi nemo potest sibi restringere; testamentum enim factio est iuris publici, l. 3. ff. qui testantur. fac. poss. Juri autem publico per privatorum conventiones derogari non potest. Ergo &c.

**II.** Ita adornant: donatio omnium bonorum est contra bonos mores, quia inducit votum alienae mortis. donatarius enim vitæ donatoris ex hoc capite infiduciari potest, ne forte ob navitatem liberorum revocaretur donatio.

**III.** Exinde deproponunt, quia donatio, si non est contractus, saltem est pactum legitimum; sed pactis neque dari potest, neque adimi hereditas, l. 3. l. ult. Cod. de pact. Ergo non valet omnium bonorum donatio; universa enim bona nihil aliud sunt, quam hereditas.

**IV.** Fundamentum taliter effingunt: in l. si liberis 16. §. ff. de jure patronat. circa finem dicitur. magisque est, ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit; ergo etiam donatio omnium bonorum nullius momenti erit, cum sit quædam alienatio.

Verum, his nihil in contrarium refragantibus, teneo, valere donationem omnium bonorum, tam presentium, quam futurorum. Ita Harp. §. 2. Ins. l. 1. Schamb. hic. n. 3. Huet. xav. res. ob. 2. tract. 4. quæst. 7. Barbos. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. in §. l. C. & D. Zoes. §. b. 1. num. 28. Atiscard. de probat. vol. 3. conclus. 1120. Gail. lib. 2. obs. 11. n. 10. Perez. in Cod. l. 1. n. 13.

*Res ad Instituta.*

**Mover. I.** Hac ratione, quia quilibet Dominus disponere potest, prohibitu de rebus suis, & presentibus, & futuris, nisi lege prohibeatur; ergo etiam de omnibus bonis per donationem quis poterit disponere, quia non est lex, id prohibens. At ter. quoad res presentes probatur per l. 21. Cod. At unda. quoad res verò futuras patet ex l. fin. Cod. quæ res pignori obligari ubi dicitur, quod res futuræ pignori obligari possint; ergo poterunt etiam res futuræ per donationem alienari; quia ubi concessa est obligatio, ibi & alienatio permixta esse intelligitur, l. ult. Cod. de rebus alien. non alien. Schamb. 22. Harp. loc. cit.

**Mover. II.** per l. 35 §. 4. Cod. de donat. ubi valet universitatis donatio, si non de mortificiosis donationibus ratio reclamat; sub universitate autem continentur omnia bona; ergo valet donatio omnium bonorum. Zes. loc. cit.

**Mover. III.** per l. si in nem §. Cod. de revocand. donat. his verbis: si quis omnia bona donaverit, ecce! per ly omnia bona; textus abunde annuit, donationem omnium bonorum valere.

Dices, illi sex m. & rationes sunt tantum intelligendi de bonis presentibus, non autem futuris; ergo licet donatio omnium bonorum presentium valeat, non tamen valet futurorum.

Verum contra sic arguuntur: quidquid Jns naturæ concedit, & quidquid concessum, permixtumque est legibus, id semper & indefinè intelligitur concessum, nisi in quantum à legibus, & majoribus est restrictum, atqui nos posse donare, est naturale §. per tradit. 40. Inst. de R. D. & insuper legibus concessum, add. text. res Jns donandi restrictum est ad omnia bona tantum presentia; ergo non presentia duntaxat, sed & futura bona donare licet.

Ad I. §. I. Per donationem omnium bonorum libertatem testandi tolli non directè, sed tantum indirectè, & consecutivè, quatenus incipit donator nihil amplius habere. Deinde, licet quis non possit sibi adimere libertatem testandi directè, l. 6. §. de V. O. per indirectum tamen potest; sic enim is, qui Monasterium ingreditur, sese secularitate testandi privat. Item etiam is, qui se arrogari ab alio patitur, secularitatem testandi amittit; nec tamen quis dixerit, ingressum in religionem vel arrogationem esse contra bonos mores. §. II. Regulam, quæ de cinnaminem sibi posse adimere facultatem testandi, ita esse intelligendam, ut sensus sit, quod nemo, qui bona habet, aliqua conventionem vel pactum, ne de bonis disponat, vel à dispositione, semel facta, recedat, constringere se possit, quia ultimæ voluntatis debet esse liber stylus. Cæterum verò non videtur prohibitum, tale facere, ut testari quidem possit, ac licentiam habeat; nihil tamen superfluum, de quo testari possit: licet enim aliquis fiat pauper, & inopet, nec superfluum, de quo testaretur, nemo tamen dixerit, ei ademptam esse libertatem testandi. Accedit, quod bona ad testamenti substantiam præcisè non requirantur, nam, licet testator nihil in bonis habeat, potest tamen filio suo pupillariæ subsidiuere, eique tutorem dare, & sic tale testamentum non erit penitus inutile. §. III. Quod libertas etiam de bonis testandi non omnino tollatur per donationem omnium bonorum, præter hoc etiam, quod donatio ob ingratitudinem donatarum revocari possit, donatori possunt adhuc bona obvenire, de quibus ei testari liceat, v. g. si donatarius acquirere credideretur incapax, vel si quis eò lege donaret, ne ad donatarium perveniat.

Ad II. Dico, quod imprimis donatio omnium bonorum, votum capiendæ mortis non inducit; vel enim huiusmodi donatio pura est, vel conditionata. Si pura est, statim est perfecta, & donatum per conditionem ex lege res donatas condicit nec opus est morte donatoris. Si conditionata est, interest donatarii diu vivere donatorem, cum eò plius acquirat, quod diutius vivit donator, qui non sibi, sed donatario acquirit. Deinde, quod adversari fingere velint, donatum insidiaturum donatori, ne propter superascensum liberorum revocetur donatio, id futile est; sic enim nec fides commissa, nec primogenia subsisterent. Accedit, quod nihil tale de donatario suspicari sinat beneficium, in ipsum collatum; præsumatur bonus, donec probeatur malus. Denique ista præsumptio posset in qualibet donatione militare, quia quilibet ob ingratitudinem revocari potest.

Ad III. Repono *neg. suppos.* quod in donatione omnium bonorum detur hæreditas. Hæc enim omnia commoda, & incommoda continet Donatio verò mera commoda complectitur. Ecce! si paciscor tecum, ut me hæredem scribas, hoc pactum non valet, quia inducit votum capiendæ mortis, ne ex sua administratione aliquo modo immanetur bona, & ut brevi acquiram hæreditatem. Si dones mihi, res secus est; quia vel donatio incipit, à traditione, vel à promissione. In priori casu statim rem acquiro. In posteriori rem donatam condo per conditionem legis: ergo in utroque casu cessat votum capiendæ mortis.

Ad IV. Dico, in l. 16. §. 1. ff. de Jure Patroni non idcirco donationem nullius momenti esse, quia de omnibus bonis facta, sed, quia in fraudem legis, quæ vetat, ne libertus se, centenariò minorem, faciat.

*Nota*



*Nota* : si quis bona omnia simpliciter donet, non adjecti clausuli presentium, & futurorum, futura non continentur; stricti enim Juris est donatio, l. 12. ff. h. r. Adeoque non extenditur ultra id, quod dictum est, Zoes ff. h. r. num. 29. Idem est, si quis bona sua simpliciter donaverit, Jura, obligationes, nomina debitorum donasse non intelligitur Zoes. ibid. S. hinc. d. num. 90. Ratio: quia sub nomine bonorum Jura, actiones, & obligationes non continentur. Vide Gail. bb. 2. obs. 11 n. 9.

23 Q. VII. An donatio inter vivos, praeenumeratas supra quinque causas adhuc ob alias aequae graues, vel grauiiores reuocari possit? Quamvis affirmatiuam commutem asserat Barbov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. th. 7. lit. B. eumque sequatur Gomez. loc. cit. num. 14.

Verior tamen, & Juri conformior est negatiua opinio, quam tenent Zoes. num. 90. Huen. ad Treutl. d. loc. var. resol. pag. 116. Probatur ex l. fin. Cod. de reuocand. donat. ex his enim (ait textus) sententiis de causis donationes reuerti conceduntur. Accedat, quod odia sint restringenda, & fauores ampliandi.

Obi. Sic manerent in iura delicta impunita, quod absurdum foret; ergo idem dicendum de grauioribus, vel aequae grauibz delictis. Si delicta maiora sint, publicam de his poenam sumi posse Nos, eam quinque donataz causas habeamus praescriptas, propriam auctoritate, & sine lege poenalia statuere non decet.

Illud non ignorandum, propter ingratitudinem non alia reuocari quàm ea, quae eo tempore quo ingratum agitur, sunt penes donatorem. Si ante ingratitudinem defunctis aliqua possidere, vel alienando, vel vendendo vel permutando, siue in dotem dando, ea non reuocantur,

per express. text. l. 7. Cod. de reuocand. donat.

Quod si res donata pignori fuerit supposita, donator dominium rei acquisit, sed cum suo onere hypothecae Zoes. ff. h. r. n. 101.

Idem est de fructibus; nam illi distrahat, qui tempore donationis extant, restituendi sunt, Zoes. d. loc. num. 102.

Q. VIII. An donatio, ob miseratam liberorum necessitatem, reuocetur? Tamen si negatiuam acriter propugnet Harp. §. 2. hic. num. 184. Barbov. vol. 2. d. 19. th. 7. lit. B.

Mihi tamen affirmatiua opinio semper uila est uerisimilior, eamque docent Gomez. tom. 2. cap. 4. num. 11. Zoes. ff. h. r. mon. 117. §. 127 loc. cit. Huen. var. resol. p. 120. Facb. l. 3. c. 85. Engel. de donat. num. 17. Mynsing. cens. §. obs. 63. Probatur per differs. text. l. si quando 8. Cod. de reuocand. donat. ubi in haec uerba rescribitur: Si unquam liberis Patronus filios non habens, bona omnia, vel partem eorum de iur. r. & postea suscepit liberos, totum quicquid largitus fuerat, reuertitur.

Non Obstat, quod aduersarii reperant, textum loqui de patrono donatore, & liberto donatario; ut proinde maritum non sit, quod ob superuenientiam liberorum retractetur donatio quia aliunde patronus inextinguibile beneficium, scilicet libertatis, in liberum contulit; ut proinde cum haec ratio in aliis personis locum non habet, huius legis constructio ad alias personas extendi non debeat. Nam

Contra est I quod ratio legis, non uerba, inspicienda sunt; non enim possunt omnes articuli legibus comprehendere, l. 1. ff. de ff. Sed ratio legis aequè facit in casu, quo non donatur à Patrono liberto, quàm diuerso; ergo, Idem enim i

Patrono revocari potest donatio ob supervenientiam liberorum, \* quia pater non præsuntur, voluisse proprio sanguine extraneos anteferre, l. 102 ff. de condit. et demonstr. l. generatim 6. Cod. de Inst. et subst. l. 30. Cod. de fideicommissis. Adeoque sub ista tacita conditione donasse præsuntur, nisi liberi postea nati fuerint, donatio ad se, suosque liberos revertatur, atqui hæc ratio non duntaxat insitit in calu, quo à Patrono liberto donatur, sed etiam eò, quo ab aliquo alio omnibus aliis donatur; ergo cum ratio legis sit generalis, consuetudo quoque generalis sit, necesse est.

Contra est II. si ideò Patronus potest revocare donationem, quia inextimabile beneficium in libertum contulit, sequitur, quod donationem illam, quamlibet jam natis fecit, revocare possit: consequens est falsum; ergo & principium, unde sequitur,

Non adversatur, quod ea ipsa ratio in legatis quoque, & fideicommissis obstat. l. 30. Cod. de fideicommissis. Et tamen legata, & fideicommissa non revocantur, quando post testamentum confectum liberi supervenerunt. Nam II. potest, diversam esse utriusque rationem. Vel enim testator vivit, si ei liberi superveniant, vel non vivit. Si vivit, legata, & fideicommissa revocare potest, quia voluntas hominis est ambulatoria usque ad extremum vite spiritum, l. 4 ff. de adimend. et transferend. legat. Si decessit, tunc posthumi natiuitate rumpitur testamentum, & juxta multos legata, & fideicommissa corrumpunt. Harp. num. 91.

Moveri præterea text. in con. ult. caus. 17. q. 4. ubi dicitur, donationem liberis nondum natis factam, retineri posse Jure fori, non Jure poli, liberis postea supervenientibus, ergo saltem in foro externo non revocabitur. R. quod in d.

text. Augustinus non refert Jus quod suo tempore obtinuit, sed quod tempore Chartaguenensis illius Episcopi, cujus ibidem meminit, viguit. Fieri autem potuit, ut Episcopus ille multo ante Augustinum, et Imperatorem Constantinum (A. A. & constitutores d. l. 8) vixeret, ac promde per Jus fori intelligatur illud Jus, quod Constantinum, & Constantinum præcessit. Ita Huin. var. resol. loc. cit. v. ad 13.

II. Quod iste canon intelligi possit de spontanea redditione, aut scilicet Episcopus donationem spontè reddere non teneatur in foro fori; sed possit expectare donec per conditionem à donatore revocetur, non autem de redditione coacta per actionem, tunc enim res donatas reddere in utroque foro tenetur. Harp. num. 199.

### §. EST ET ALIUD. 3.

Ad impropriam donationem, tam<sup>25</sup> quam species, reducitur donatio, propter nuptias, quæ concinne desinitur, quod sit alius, quo uxori in securitatem dotis Jus in bonis quibusdam mariti à marito constituitur. Clariss. D. D. Franz. Inst. b. t. p. 3. §. 4. num. 4. vulgo vocatur die Wider Lag, quasi contra-dos; olim vocabatur donatio ante nuptias, text. hic. & debebat fieri ante contractum matrimonium.

Hodie autem, & de Jure novo ex constitutione divi Justiniani fieri potest tam ante, quam post contractas nuptias, text. hic. Ita tamen, ut tam in quantitate, quam potest, ei adjectis, æqualis sit doti l. 9. et auct. æqualitas. Cod. de post. convent. b. e. ut donatio propter nuptias, quoad quantitatem, non excedat, aut præcellat dotem. Item pactum de lucranda dote etiam extendatur ad donationem propter nuptias, licet de hac lucranda pactum

positum interpositum non sit; ratio, ut servetur aequalitas, tum, quia d. 1. & donatio propter nuptias dicuntur esse duo correlativa, quorum ea natura est, atque indoles, ut statutum in uno, censetur statutum & in altero d. 9. *Auth. aequalitas. Cod. d. p. 3. l. c. i. c. i. Schneid. n. 4. h. c.*

Verum haec aequalitas moribus nostris non attenditur, & in usu esse desit, liberumque est cuilibet, matrimonium contrahendi, pro lubitu uxori suae in compensationem, & securitatem dote constituere dominationem propter nuptias, quae quodcumque ipsa dote duplò major est *Gaul. l. 2. obs. 78 n. 2. Corp. 20. p. 2. conf. 42. def. 1. n. 5. Walter de iure consuet. Aufl. l. 2. tit. 26 his verbis: Wiewohl ein die &c. i. e. Quamquam iure communis sit constitutum, ut Donatio propter nuptias sit in omnibus dote aequalis; ita ut altera alteram non excedat: contrarium in hisce locis saepius inter Contrahentes statuitur Tabulis. Nec enim probetur sponsus ampliozem donationem propter nuptias, ac si dote sit, sponsa constituere.*

- 26 Ad donationem propter nuptias quoque spectat sponsalitia largitas Et Morgengaba.

Morgengaba defunctur, quod sit donatio qua maritus post primam noctem, uxori ablata virginitatem remuneratur, eamque datur. Enim vero ea matrimonii natura est, atque indoles, ut non statim obliget ad reddendum debitum conjugale; sed decemum post lapsos duos menses, c. 7. *§. de conuers. conjug.* Si tamen uxor prima statim nocte in uota mariti naviget, praemium bonae voluntatis meretur, quod nostris Morgengaba dicitur.

- 27 Sponsalitia largitas nihil est aliud, quam munus sponsalium, quod sponsi, nuptiae benevolentiae grati sibi invicem donant propter solam affectionem, &

sperem futuri matrimonii. *Perez. ad Cod. de donat. ante nupt. num. 11.*

De iure antiquo sponsalitia largitas vera, pura, & propria erat donatio, ita, ut, licet nuptiae secutae non fuissent, revocari tamen non poterit. *l. 8. Cod. de donat. ante nupt.*

Verum postea placuit Constantino Imperatori, ut sponsalitia largitas semper inhibita tacitam conditionem, si nuptiae secuta fuerint, l. 15. *Cod. h. t.* donat enim prociis puellae eo animò, atque ex conditione, ut tunc demum valeret donatio, si futura sit uxor *Mysing. Inst. h. t. Man. n. 10. Unde*

*Infero: si nuptiae absque culpa donantis secutae non fuerint, possit donans omnia, quae sponsae donavit, repetere, d. l. 15.*

Dico, sine culpa donantis, hic enim si in culpa sit, qui recusat contrahere, quae donata sunt, repeti nullò modò possunt, d. l. 15. Secus, si nuptiae utriusque consensu secutae non fuerint; hoc enim casu totum, quod datum est, restituitur donanti, *Arg. l. 14. Cod. d. t.*

*Quid, si casu, puta, mortalitatis impeditur matrimonium? R. Interesse, an osculum intervenerit, nec ne? Si prò, sponsus, vel ejus hæres solummodò dimidiam partem ejus, quod donavit, repetet; sponsa verò ejusque hæres indistincte totum. Si posterius, totum, quod donatum est, restituitur, sive sponsus, sive sponsa donaverit. l. 16. *Cod. d. t.* Sed (an) quae est ratio, quod osculum, sponsae fixum faciat dimidium donationis perdisi? R. quia osculum est quasi initium consummationis nuptiarum, & aliquanti fructus sponsae. *Perez. loc. cit. num. 53. vide quoque hac de re differentes Gomez. ad leg. Teur. c. n. 6. Est. 32. n. 6 Sanchez. de matr. lib. 6. disp. 18. n. 13. Admoch. lib. 3. praesumpt. 10. n. 1.**

N n 3 Porro,

26 Porro, cum *Proxenetium* nuptiale donationis quoque species sit, ideo scias (velum) illud nihil esse aliud-quam præmium, quod is decernitur, quorum opera nuptiæ conciliant. Solent enim plerumque in contrahendis sponsalibus mediatore intervenire, quorum sagacitate & solertia ea-quæ negotio remoram inijciunt, remouentur. Hi plerumque, dum munere suo strenuè funguntur, dum dotes sponsi vel sponsæ impensè laudant, diuitias jactant, venustatem extollunt, pietatem commendant, na-

vam benè operam honorariò donantur, quod *Proxenetium* latinis dicitur; & solet id manu eò liberaliori porrigi, quò liberaliores ipsi fuerunt in fingendo, & mentiendo. Tu id genus hominibus non faciliè fidem adhibe: Spe enim acri alle-cti, nihil non mentiantur, ut nuptias persuadeant, & experientia sane multos docuit, quod pro Diana ranam ceperint, & pro Minerva cervam venati sint, dum proxenetis cornua instantibus ad venationem conjugum fide faciles processerunt.

## TITULUS VIII.

## QUIBUS ALLIENARE LICET? VEL NON.

## SUMMARIA.

- 1 *Maritus non potest fundum dotalem alienare.*
- 2 *Maritus aut verè sit dominus dotis?*
- 3 *Is quibus casibus procedat alienatio dotis?*
- 4 5 *Quando possit alienari pignus?*
- 6 *An pupillus possit dare mutuum?*
- 7 *Debitor non verè solvit pupillo.*
- 8 *Nec pupillus creditori.*

**A**ctum de nobis dominium acquirendi; cum autem dominii effectus sit, posse rem suam in alium alienare, idcirco, justò nunc ordine effragitante, per quos dominium alienari queat, vel non, Imperator *Justinianus* subnectit.

## AD PRINCIP.

Accedit aliquando, ut, qui dominus rei sit, alienare non possit; è contra qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat.

Exemplum prioris absolvit maritus. 1  
Hic enim, licet, durante matrimonio, dominus dotis sit, prædium tamen dotale, ob prohibitionem legis Julæ, alienare non potest: ratio prohibitionis est in fine textus, ne sextus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur; ratio alia, quia interest rei-publ. dotem mulieribus conservari, ut eo faciès, viduæ scilicet, inveniant maritum, l. 1. ff. *solut. matrim.*

Q. I. *An ergò maritus sit verè dominus 2 dotis?* pro affirmativa Facit I. Quòd marito rei vindicatio detur ad rem dotalem amissam à possessore repetendam, l. 11. *Cod. de Jure dot.* l. 9. *Cod. de R. V.* Ergò maritus est verus dominus rei dotalis, quia rei vindicatio non datur, nisi vero domino, l. 23. & *tot. in. ff. & Cod. de R. V.*

Facit II. Maritus servum dotalem manumittere potest, l. 21. ff. *manumiss.* Et l. *et si* 3. *Cod. de Jure dot.* ergò est verè dominus rei dotalis, quia solus dominus, aut lex servum manumittit. l. 1. *Cod. commun. de manumiss.*

*Facit*

**Facit III.** Quia, si dos ante nuptias marito data sit, nuptius postea non secutus, dos per conditionem à marito repetitur, l. 7. §. ult. ff. *Jure dot. ex quo perspicuum liquet*, maritum dotis traditione verum dominum fuisse effectum, alias enim non conditione, sed rei vindicatione inuber dotem, non secutus nuptiis, repeteret. *Arg. §. 14. Inst. de ad.*

**Facit IV.** Quia nemo regulariter rei propriae furtum committere potest, l. 21 ff. *commodati*; aut uxor, dum matrimonium adhuc consistit, potest rei dotalis facere furtum §. l. ob *res auctas* 24. ff. *de ad. rer. auct.* Ergo rei dotalis uxor non est domina, sed maritus, *Hunn. var. resol. lib. 2. traç. 4. q. 4. Harp. hic. num. 4. Manz. num. 7. Schneid. Fuglerw. lib. 4. obs. 4. num. 5. Gonzalez. lib. c. 28. §. de Jurejur.*

Pro negante opinione **facit I.** l. 3. §. 5. ff. *de nuor.* ubi dos aperte dicitur proprium ipsius filiae patrimonium. II. l. ult. §. 2. ff. *Cod. de rei ux. ad.* ubi consuevit dos proprium uxoris patrimonium appellatur. III. l. 75. ff. *de Jure dot. q. nurus* (inquit lex) *in bonis mariti dos sit, mulieri tamen est.* IV. (ut plura loca fileam) l. 30. *prinsep. Cod. de Jure dot.* ubi aperte Justinianus scribit, res dotales, & ab initio uxoris fuisse, & naturaliter permanisse in ejus dominio.

Sane, in hac Quaestione exclamare possis, miranda novitas! subtilis subtilitas! quis eam ruminabit? Juris enim principium est, non posse duos ejusdem rei esse dominos, l. 5. §. 30. ff. *commodati.* Ergo vel uxor non est domina dotis; vel maritus non est ejusdem dominus.

Variè varia, ut videre est apud *Hunn. lib. cit. commentati* sunt, ut inter allegatas leges foedus facerent. Crebrior tamen calculus A' in eam conbinationem condescendit, quod *ita* *est* *do-*

minium civile, uxor vero naturale; sic enim dixerit statuit d. l. 30. *Cod. de Jure dot.* in qua dicitur, res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus dominio permanisse, ergo uxor naturaliter, i. e. revera, & in effectu est dominus dotis. Maritus vero civilis quidam ratione, & fictione Juris dicitur esse dominus dotis, quatenus animus ea facere potest, quæ dominorum sunt propria, v. g. dotem amissam vendicare, servum dotalem manumittere. Ita omnes *suprà allegati A. & Schneid. n. 6.*

*Et de his* habes, quod maritus sit dominus dotis civilis, ejus tamen alienandæ potestatem non habeat.

Verum cum hoc indistinctè non procedat, ideo

**Q. An in nullo casu marito licitum sit 3 alienare rem dotalem?**

**R.** Cum dignissime, vel res dotalis est fungibilis, vel non fungibilis. si est res fungibilis, v. g. pecunia, oleum, vinum, frumentum, potest eam alienare, l. 42. ff. *de Jure dot.* ubi dicitur, *in dotem data, qua pondere, numero, mensura consistit, mariti periculo sunt*; quia ad hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahatur, & quandoque, solum matrimonium, ejusdem generis, & qualiter alias restituit vel ipse, vel heres eius. Ex ratio hujus hæc est, quia res in dotem ad hoc dantur, ut illis maritus utatur, fruatur, pro operibus matrimonii sustentandis, l. pro omnibus *Cod. de Jure dot.* atqui rebus fungibilibus aliter uti, frui non potest, nisi eas absumat, quia eorum usus consistit in abusu; absumere autem non potest, nisi possit eas alio modo, distrahere, vendere, &c. *Hunn. var. resol. loc. cit. resolutio contrariarum.*

Si res non est fungibilis, tunc vel est mobilis vel immobilis. Si mobilis iterum distinguo,

*diriguo*, vel est *servando servabilis* & *pret. off.*, veluti *grana* &c. non possunt alienari, quia immobilibus comparantur, *Schneid. num. 10.* vel servando non servabilis, & alienatio marito permixta est, quia non agit contra legem Juliam, cum ea tantum prohibeat marito, alienare fundum d. *alem*, live rem immobilem, *Mantz. n. 10. Harp. num. 21.*

Si res dotalis sit immobilis, tunc est vel in dotem data *estimato* vel *inestimato*? Si *estimato* refert iterum utrum *estimatio* facta sit, *taxationis* gratia, ut sciatur, quanti, plus, vel minus, valeat res tempore restitutionis? ut sic maritus cogatur refarcire deteriorationem rei dotalis, & in hoc casu alienare non potest, *l. 21 Cod. de jure dot.* quia non ideo datur marito, ut de ea dote pro libitu disponat; sed ideo, ut, solummodo matrimonio, eandem uxori restituat, & si forte rem deteriozem fecerit, ut sciatur, quantum pro compensatione cogatur reddere maritus, *Schneid. n. 9. Obungersperg. Inst. h. t. q. 3.*

An vero *estimatio* facta sit per modum venditionis, ac si res dotalis marito esset vendita & potest rem dotalem indistincte alienare. Ratio, quia *estimatio* dotis venditio est, *l. 10. c. 1 ff. de jure dot.* cum rebus autem emptus possit, ut pro placito disponere, *Schneid. loc. cit.*

Si res immobilis *inestimato* data sit, tunc procedit *condictio* nostra *§. Et l. nov. §. 15. Cod. de rei ux. act.*

Ex quibus omnibus colliges, quod, cum diximus, uxorem esse donnam naturalem, maritum vero dominum civilem, hoc intelligendum sit de rebus dotalibus immobilibus, *inestimato* datis; harum enim uxor vera, & naturaliter domina est, maritus vero fideione Juris civilis quoad certos effectus, cetera vero rerum v. g. *fungibilium, mobili-*

*um, immobilium, inestimato* datarum, maritus plenus dominus est, ut, ut quolibet de ea modo plene jure disponere possit. Hinc enim periculum, casus fortuitum circa eas praestat maritus, qui, solummodo matrimonio, non rem in specie, sed *estimatio* nem restituit. *Inst. hinc. var. resol. pag. 132.*

#### AD VERB. CUM ENIM.

*Lex Julia* duo duntaxat in se habebat, quae ambo postea *Justinianus* correxit. I. *Lex Julia* illas duntaxat alienationes prohibuit, quae, invidi muliere, fiebant; oppignorationes autem etiam volentes, & consensiente uxore, prohibuit. II. Tamen illarum rerum alienationem prohibuit *lex Julia*, quae in Italia sine fuerant.

Verum utrumque correxit Imperator *Justinianus* in *l. un. §. Et tamen lex. 15. Cod. de rei ux. act.* ita, ut neque oppignoratio, etiam consentiente uxore, rei dotalis fieri possit, quia interest reipubl. mulieribus dotem conservari, cujus favori uxor suo consensu praesudicare non potest, *Schneid. n. 4. Mantz. n. 103 Concordat N. De Land Tafel. l. 2. tit. 1. Wann ein Ehe-mann, &c. i. c. Si Maritus res immobiles uxoris, Dotales dedit, alienare vellet, id, quamquam alienationi consentiret uxor, maritus non concedendum esse, graves ob rationes Naturae est.*

Quod si tamen uxor alienationem fidei dotalis Juramento confirmaverit, alienatio tenet, per *apert. text. cap. cum con-tingat. 28. §. de jure ux. Concordat numero 10.*

#### §. CONTRA I.

Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit (de quo casu haec tenet egimus); *Exempti a qua do-natus non sit, alienanda res potestatem habet.* qualis est cædruor, qui licet dominus rei pigno-

pignorate non sit, illam tamen aliquando alienare potest: ubi

- 4 Q. Quando creditor possit alienare pignus? Hoc quidem Imperator hic non exprimit, sed refert se ad constitutionem quandam, quæ exilit in l. fin. Cod. de Jure domini impetrand. Ex qua sic distinguitur, vel factum est pactum inter partes; vel nullum? si factum est pactum, vel est factum super alienando pignore, tunc statuitur pacto, i. e. tempore elapso, potest creditor in casu non factæ solutionis pignus alienare sine ulla denuntiatione, debitori moroso facta, l. ult. §. 1. Cod. eod. Et text. luc. ubi simul adducitur ratio, quia nimirum voluntate debitoris intelligitur pignus alienari. Si factum est pactum super non alienando pignore, non valet tale pactum, l. 4. ff. de pignorat. act. Ratio ne ex hoc debitor occasionem malignandi, perpetuus differendi solutionem accipiat. Schamb. luc. Operator tamen tale pactum hunc effectum, quod creditor debitori debeat trinam denuntiationem facere, ut solvat; alias pignus se distrachurum, & facta trina denuntiatione, tenetur creditor per biennium expectare, ac rursus monebre debitorem, ut luat pignus. Quod si elapso illo biennio, & trina denuntiatione facta debitor nihilominus in luendo tardus, ac negligens sit, potest creditor pignus distrabere, & libere vendere, d. l. ult. §. 2.

Si nihil pactum, vel conventum sit inter partes, tunc creditor potest interpellare debitorem, ut solvat: secus se vellet distrabere pignus, nisi fiat solutio. Quod si deinde debitor cessaverit per biennium à die denuntiationis, pignus creditor vendere poterit, d. l. ult. §. 1.

Cod. de Jure domini impetr. Si non repariatur emptor, rursus admonendus est debitor, qui si porro cesset, creditor si-

Keer ad I. pignus.

bi Jus domini in pignore impetrabit, d. l. ult. ita tamen ut debitor adhuc intra biennium rei opignorate dominium acquirere possit, si nimirum creditori offerat debitum ipsum, unà cum eo, quod interest. Si denique intra biennium debitum non solverit, plene Jure acquiritur creditori pignus. Manz. num. 31. Schneid. num. 4. De Jure Austriaco res paulò aliter se habet. Vide N. Or. Land-Tafel lib. 2. tit. 3. von Verkaufung des Ueberspfand.

#### §. NUNC ADMONENDI. 2.

In hoc Imperator redit iterum ad primam partem & ponit aliud exemplum, ubi is, qui Dominus est, res tamen suas alienare non potest. Nam, licet pupillus, & pupilla rerum suarum sint domini, illas tamen sine Tutoris auctoritate alienare nequeunt, ne ob ætatis defectum pariantur dampnum.

#### AD VERS. IDEOQUE.

Q. hic: An pupillus sine tutoris auctoritate possit mutuas pecunias dare? R. Imperator negative, quia, ut possit quis mutuum dare, debet transferre dominium rei in alterum; sed pupillus non potest transferre; ergo.

Sed quid, si pupillus defacto dederit pecunias mutuas? R. cum distinctione, vel pecuniæ adhuc exstunt vel non? Si existant potest eas vindicare, quia adhuc enim mansit dominus. Si non amplius existant, sed sint consumptæ, tunc vel sunt consumptæ bonâ fide, & mutuum convalescit, ita, ut acquirat conditionem certi ex mutuo, l. 19. §. 1. ff. de R. C. vel malâ fide, & tunc pupillus habet contra debitorem utilem rei vindicationem, vel actionem ad exhibendum, tamquam contra eum, qui rem dolo malo defuit possidere; quia Jura fingunt, rem adhuc existere penes eum, qui dolo malo defuit possidere. Manz. num.

male consumpserit, aut furto, vel vi amiserit, vel alio simili casu incendii rapinæ, perdidit, tunc nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed ad iteratam solutionem denuò condemnabitur. Ratio est in *textu*, quia sibi imputare debet, cur tam temere sine tutoris auctoritate, & decreto Judicis solverit. *Manz. n. 36.*

AD VERS. SEDEX DIVERSO.

§ Q. hic: *an pupillus & pupila sine tutoris auctoritate creditoribus suis solvere possint?* videtur I. quòd sic: quia pupillus potest suam conditionem meliorem facere absque tutoris auctoritate; ac solvendo videtur facere meliorem, quia solutio liberationem pupilli respicit. II. Quia pupillus etiam sine tutore auctore per acceptilationem liberari potest; ergo etiam per solutionem, quia acceptilatio est species solutionis.

Hoc non obstant 22. Imperator *negatvè*; ratio, quia ad solutionem requiritur, ut dominium in alterum transfe-

ratur; pupillus autem solus non potest transferre dominium, *ergò*

Ad *rationem* I. Dico *neg.* per solutionem pupillum facere suam conditionem meliorem: quid enim, si se potuit contra potentem exceptione tueri? Quid, si prænaturè solvit? Quid, si alibi utilis solvisset? Ad II. 22. In acceptilatione nihil periculi est, quia nihil debet præstare pupillus. *Manz. n. 38. & seqq.*

Solvere ergo pupillus solus non potest: quid autem, *si actus solverit?* tunc vel pecunie solutæ, existunt, vel sunt consumptæ: si existunt, potest eas per vindicationem repetere, l. 150. ff. de R. J. Si consumptæ sunt, tunc vel bonâ, vel malâ fide. Si bonâ, tunc liberatur pupillus à debito, l. 9. §. 1. & 2. ff. de *auth. tut.*

Si malâ fide, habet utilem rei vindicationem, tamquam contra eum, qui dolo malò rem desinit possidere. Quòd si res soluta etiam casui fortuito penes creditorem pereat, non pupillo, sed creditori peribit; liberatur enim pupillus consumptâ pecuniâ, d. l. 9. §. 2. *Manz. n. 41.*

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR?

SUMMARIA.

- 1 Quid & quonplex sit *peculium*?
- 2 Enumerantur casus, quibus *peculium* redditur *extraordinarium*.
- 3 & 4 Quale *peculium* acquiritur *Patrî*?
- 4 An *Pater* amittat usum-fructum per *nuptias filii*.

CONNEXIO ET PRINCIP.

O Mne, quod acquiritur, aut dominium est, aut possessio, aut obligatio.

Acquiritor autem dominii vel possessio, non solum per nosmetipsos; sed & per eos, quos in potestate vel patria, vel dominica habemus. Item per servos usufructuarios, sicut & alienos, bonâ fide possessores. Item per liberos homines, de quibus ordine.

§. I G I T U R. I.

Pro facilius intelligendo hoc §. observa, quid, & quonplex sit *peculium*? *Peculium* concinnè descripsimus, quòd



*fit pignus patrimonium, concessio à patre vel domino filiosam, vel seruo, separatim à rationibus paternis vel domini, deducta ad, quod patri vel domino debetur. l. 4. l. 5. ff. de p. uln. Schan. b. luc.* Quæ ultima verba idem à iijiciuntur. quia pater conventus actione de peculio ex contractu sui filii. prius deducit id, quod sibi à filio debetur, quam reliquis creditoribus satisfiat.

*Dividitur peculium in paganum & militare Paganum iterum dividitur in profectitium, & adventitium. Profectitium est, quod ex re, & substantia patris ad filium proficiscitur: veluti si pater habet filium indultitium, aptumque ad negotia, & pater ei relinquit, aut deputat aliquam substantiam pecuniæ, cum qua negotietur, quæ separatur à rationibus paternis, nec pater communerat inter sua bona, sed filius separatim habet suas rationes. Schneid. §. 10. Inst. de ad. n. 2.*

Peculium adventitium est, quod non ex bonis paternis sed aliunde extra causam militiæ filio acquiritur, puta, ex successione vel donatione materna vel extranei, aut liberalitate fortune.

Ille p. iterum subdividitur in ordinarium, & extraordinarium. Ordinarium est, cuius usus-fructus ad patrem, proprietatem ad filium pertinet. Extraordinarium, cuius plena proprietatem, & usus-fructus ad filium pertinet.

Cum autem, in quibus peculium adventitium sit extraordinarium, sunt sequentes.

I. Est relatus in l. 6. §. 1. Cod. de bon. quæ l. b. si scilicet pater usufructum remittat. II. Est in Nov. 117. cap. 1. Si ea conditione filio aliqua res donetur, ut lena ejus rei proprietatem habeat, nemine & proprietatem, & usufructum. III. Vt, pater una cum filio succedat in hæreditate filii, v. g. si pater cum

Titio filio suo succedat Semptonio, qui etiam ejusdem filius, sed mortuus est, Nov. 118. cap. 2.

Dices: si filius cum patre succedit extraneo, v. g. uxori, pater habet usufructum; ergo etiam, si succedat filius cum patre fratri. R. neg. confeg. Ratio differentia est, quod Patri, succedenti cum filio ab intestato fratri, usus-fructus fuerit adeptus, quia in illa successione olim perpetuo excludebatur, l. 11. Cod. commun. de success. Alit nullibi reperitur pater prohibitus cum liberis extraneo succedere ex testamento; ergo, Cbtingen. b. luc. quæst. 4. ob. un.

IV. Cuius est ex l. ult. Cod. de bon. quæ l. b. si filius, dissentiente patre ac invito, hæreditatem adiat, v. g. si pater jubeat, ut hæreditatem relinquant non audeat, eo quod sit periculosa, ac onerosa, tunc Titius filius, adiens hæreditatem, plenam ejus proprietatem acquirit, d. l. ult.

V. Est ex l. 7. Cod. eod. si filio quidquam a principe donetur, talis enim donatio habet se per modum peculii castrensis. Glessle luj. de loc. Cbtingen. b. q. 4. b. 2.

Peculium militare dispescitur in castrense, & quasi castrense. Illud, est quod a parentibus, vel cognatis, vel aliis, omnino extraneis, donatum est filiosam. eunti ad castra, & degenti in militia. Item, quod ipsemet filius miles occasione militiæ acquirit.

Quasi castrense est, quod filiosam ratione publici officii, vel cuiusdam exercitii publici, alias ingenio suo acquirit, ut faciunt Magistri artium ex professione artium liberalium, vel Medici, aut Advocati, cum & hi militare dicantur, l. 14. Cod. de advocat. divers. jud. His præmissis pro declaratione restat,

Dico

3 Dico I. peculium castrense, & quasi tale, nec hodie, nec olim patri querebatur; sed habet, & habebat plenum illius dominium filius. *l. 6. Cod. de bon. qua. liber. habeturque in eo pro patre. l. 2. ff. ad S. C. Macer. Schomb. hic. Brunen in d. l. 1. §. Cod. de bon. qua. lib.*

Dico II. peculium profectitium sicut olim, ita & hodie totum patri querebatur: ratio est in *textu*; quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? *Finsterwald lib. 4. obs. 2. n. 3. Schneid. lujf. §. 10. de aff. n. 2.* ubi notant casum, dignum memoria, & quotidianum, v. g. pater vivus habet multa prædia, & quia est decrepitæ ætatis vel alius valetudinarius, non potest rebus suis præfisse easque administrare. Quare filius natu major ipsius omnia adu. intrat, tam negotia domestica, quam eorum prædiorum, alter contra fratrem natu minor, nihil domi agit mor. d. patre: frater natu major, mor., se longo tempore g. filii curam res suas in, is, id est, antequam bona paterna dividantur, petit tantum laudem, quæ toti si pater uni negotiorum gestor de i. l. t. *Quid illud salarium præstare luit sit?* & decedunt, *negotiorum*; filius enim ex debito reverentia paternæ ad ea ex operas notatur. *Verum Pe. ez. ad Cod. de coll. n. 22. Gomez. ad leg. taur. 29 n. 24. & Fachin. lib. 5. cont. 83.* existimant, in casu, quo filius ex pecunia patris per suam industriam lucrum notabile fecit, aliquam partem, tantam nimirum, quantum Infitiori de more regionis dare oportuisset, filio assignandam esse perpensâ nimirum filii industria, & lucri quantitate.

Dico: Ergo filius nullam ex tali peculio habebit utilitatem? *Pe. Schomb. hic.* uti necesse esse posuimus in eo, quod conficatis bonis paternis, peculium illud

maneat filii, *l. 3. §. 4. de m. ar. Item, si filius sine. Vivd patre emancipetur, neque peculium expresse adiunatur, censetur esse donatum, l. 37. §. 1. ff. de donat.*

Dico III. Peculium adventitium olim plene Jure patri acquirebatur. Postea Constantinus, *l. 1. Cod. de bon. mater.* statuit, ut patri res, a matre ad filium. sum. provenientes, quoad usum-fructum tantum acquirerentur, proprietate penes filium remanente. Justinianus verò, nulla facta distinctione inter res à matre sive aliunde adventientes, statuit, ut omne peculium adventitium tantum quoad usum-fructum patri acquireretur, *l. 6. Cod. de bon. qua. lib. & text. h. c.* Ratio est, ne quod si o suis laboribus, aut prosperâ fortuna accessit, hoc in alium perveniens, lucuosum ei accidat.

#### § Hoc quoque. I.

Olim, quando pater emancipavit filium, tertiam partem honorum filii in recompensam veni. & quasi pro pretio præstata emancipationis retinebat. Hodie verò h. c. correctum est, ut pater non tertium partem d. mini rerum filii, sed dimidiam ea tantum. fructus tantum honorum adventitios. cum quo emancipat omnis præ n. o retinere possit, *text. hic. §. 1. l. 6 §. 3. Cod. de bon. qua. lib.* Ratio est in *textu*: inhuc unum enim videbatur, filium proprietate, & dominio tertie partis bonorum defraudari, & quod honoris ei ex emancipatione accedebat, dum scilicet sui Juris efficiebatur, hoc per rerum diminutionem decrescere, *Schneid. n. 7. hic.*

Ex hoc §. quia in nostra Germania hodie forma emancipationis vix amplius servatur, sed ipsò facto emancipatur, si privatam familiam, & economiam

ducant *inferant* D. D. non iniquitatis scilicet sapere si pater à filio, cui cedit privatam familiam instituendi licentiam, aliquid petat quasi in præmium tacite emancipationis. Deinde

*Inferunt* II Usumfructum, quem pater in bonis liberorum adventitiis habet, per transiitum filii ad nuptias, habito respectu ad Jus commune, non in totum expirare; sed dimidiam illius partem patri, ob gratificationem emancipationis, præmiis locò, adhuc deberi, sicut olim, l. 6 §. 3. Cod. de bon. qua lib. Manz. p. 10.

### § ITEM VOBI.

Hactenus, quomodo nobis acquiratur per personas, in nostra potestate patria constitutas; sequitur de iis, quæ in potestate *dominica* existunt, videlicet *Servi*, de quibus nobis modicus sermo erit; quoniam, quæ in usu non sunt, attendenda non sunt. Proligiorum tamen explanationem *hujus* §. si desideres, remitto te ad *Manz. hic*. Itaque servus quidquid acquirit, nobis acquirit, cum servus proprium habere non possit. Quod *ampliat*, ut non solum domino scienti, sed etiam ignoranti, & invito acquirit.

*Limitatur* autem procedere, in acquisitione, inter vivos facta; secus in his, quæ in ultimâ voluntate obveniunt. Servus enim, adeundo hæreditatem, invito domino acquirere non potest, ne scilicet dominus invitus gravetur ære alieno, cum hæreditas propter res alienas latens damnosa esse possit, l. 6. ff. de acquir. hered.

### §. DE IIS. 4.

Servus *fructuarius*, in quo quis usumfructum habet, in duobus casibus acquirit fructuario.

I. Quando ex re ipsius fructuarii aliquid consequitur, ut, quia fructuarius fecit istum servum dispensatorem rerum suarum. II. Quando servus ex operibus suis quid consequitur, veluti, si servus est *pistor*, vel *sutor*, &c. Ea vero, quæ servus extra istas causas consequitur, ad dominium proprietatis, non fructuarii pertinent. *text. hic*.

### §. EX HIS. 5.

Quæritur in hoc §, an etiam, & quomodo nobis acquiratur per extraneam personam, quæ scilicet sit neque patriæ, neque dominicæ *in ipsa potestate subiecta* est? Ad hoc *Imperator*, regulam vulgarem prodidit, per extraneam personam nihil nobis acquiri; à regula tamen excipitur *Procurator* qui nobis acquirit per ipsum, & per illum etiam dominium, & hoc propter mandatum; quod enim quis facit per alium, per se ipsum fuisse intelligitur. Sed

Q. An in prædictis casibus requiratur scientia domini? Ad hoc *Imperator* cum distinctione vel loquimur de acquirenda sola possessione, vel de usucapiendi conditione, vel domini acquisitione. Possessio, & dominium etiam ignoranti domino acquiritur: sufficit enim, quod ab initio mandatum intercesserit. *Manz. n. 10. hic*.

Usucapiendi conditio ignoranti non acquiritur: ratio *disparitatis*, quia in usucapione bona fides requiritur, ignorans autem nec bonam, nec malam fidem habet. *Manz. loc. cit.*

## TITULUS X.

## DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

## SUMMARI A

- 1 *Definitur Testamentum.*
- 2 *Cujus Juris sit Testamentum?*
- 3 *Testamenti factio ante Jus civile in usu fuit.*
- 4 *Enumerantur requisiti ad Testamentum.*
- 5 *Debet scribi ab ipso testatore.*
- 6 *Instituto heredis dicitur basis, & fundamentum Testamenti.*
- 7 *Ad Testamentum requiruntur VII. testes.*
- 8 *Illique debent esse idonei.*
- 9 *Testamentum debes feri unico contentum.*
- 10 *Ude in eo non potest celebrari contractus.*
- 11 *Testamentum etiam alieno signo miteri potest.*
12. 13. 14. 15. 16. 17. & 18 *Quisam possint adhiberi testes.*
- 19 *An legatarii, & fideicommissarii reſe adhibeantur?*
- 20 *Testamentum Nuncupatorium quid sit?*
- 21 *Reſentur ejus requisiti.*
- 22 *Nuncupatio per relationem ad ſchedam non poteſt feri.*
- 23 *Eliduntur argumenta contraria.*
- 24 *Testamentum, in foro fori nullum, an teneat in foro poli?*
- 25 *Holographicum testamentum an valeat?*

## AD P R I N C I P.

**T**estamentum ab etymologia nominis (de qua diſceptans Clariff. D. D. Franz hic. n. 1. Manz. traſt. de Teſtament. tit. 1. n. 9.) eſtatio mentis dictum in l. 1. ff. qui teſtam. facere poſſ. concin-

nè deſinitur, quòd ſit *Voluntatis noſtra juxta Sententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.*

Dicitur I. *Voluntatis noſtra* : quia Teſtamentum in voluntatem alterius conferri non poteſt, l. 32 ff. de hered. Inſtit. & ultima voluntas non poteſt ex alieno arbitrio dependere, nam certum debet eſſe teſtantis conſilium, Manz. loc. cit. n. 5.

Dicitur II. *juxta, i. e. Juri conformis* ; ſolemnis, & omnibus numeris perfectæ ; & juxta legum præcepta ordinata, arg. l. 1. ff. de inſt. rupt. & irrit. ſubſ. teſtam.

Dicitur III. *Sententia i. e. ſeria, & benè deliberata voluntas.* Schamb. hic.

Dicitur IV. *De eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit*, quibus verbis diſſert ab actibus inter vivos, ſcilicet contractibus, hi etenim ſtatim ſuum ſortitionem effectum. Teſtamentum verò non niſi poſt mortem, viventem enim nulla eſt hæreditas, l. 49 ff. de acq. hæred. Perez. ad Cod. h. t. Manz. n. 7.

Q. I. *An Teſtamentum ſit creatura à Juri gentium an civilis.*

Ue in hujus controverſiæ altercatione breviter me expediã, ſic ſtatuo : Res ipſa ortum habet à Jure gentium ; ſed formam, & ſolemnitatem Jus civile conſtituit, ita re ipſa docent Harp. prin. h. n. 62. Schneid. n. 6. Schamb. hic. Manz. hic. n. 6. Zoef. ff. qui teſtam. fac. poſſ. n. 1. Fingſterwald. lib. 2. obſ. 110. n. 2. Vinn. Inſt. hic. n. 3. Struv. ad ff. Exercit. § 2. tit. 3. & communiter omnes.

Diſſent. Gletſie de Teſtament. cap. 1. §. 3. Huam. var. reſol. traſt. §. q. 3.

Prior

Prior *Sententia probatur* ex eo, quòd ante inductum Jus civile in usu fuerit testamenti factio, quemadmodum ( ut alia loca sileam ) *Genes. cap. 35* & perspicue legimus, quòd Abrahamus filium suum Isaacum heredem instituerat, exclusis concubinarum filiis, quibus tantummodò quædam munera est largitus. Idem patet ex *Tuo Livii, lib. 1. decad. 1.* ubi refert, Tarquinium, testamento patris heredem institutum, omnia bona solum retulisse, exclusò fratre posthumò, cui à re nomen Egerii fuit.

*Obj. de Jure naturæ nemo potest disponere in tempus, quo non est amplius rerum suarum dominus, quia paria sunt tempore fieri inhabili, & conferri in tempus inhabile, sed testator disponent in tempus, quo non est amplius dominus, mors enim omnia solvit; ergò. R. Distinguo maj.* Nemo potest in illud tempus disponere, quo non amplius est dominus esse *clive conced. maj.* executive, *neg. maj.* Sed testator disponit in tempus, quo non non est amplius dominus, executive, *conced. min.* effective, *neg. min.* Et *conseq.*

Quantum ad voluntatem attinet, dispositio jam est sortita effectum in vita testatoris, qui perfecte disposuit id, quod voluit; licet voluntas executio fiat post mortem, nam & tunc, quando testatur, & ad ipso momento, quo moritur, bonorum suorum dominus est. Itaque, hæres ab intestato statim incipit ex Jure naturæ obligari ad implendam defuncti voluntatem, & hæres institutus illo momento, quo moritur testator, acquirit Jus in bona defuncti, ita, ut post mortem bona non fiant vacantia: quoniam jam naturaliter sunt obligata hæredi instituto.

#### §. SED, UT NIHIL. I. CUM §. SEQ.

Ut nihil antiquitatis ignoretur, enumerat *Imperator* in hoc §. tria genera testamentorum, quæ olim in usu fuerunt, & hodie penitus exoleverunt. Ego de iis mentionem facere superfluum; quòd attendenda non fiat, quæ in usu non sunt. Itaque ad *Schneid.* vel *Manz.* remissus esto.

#### §. SED CUM PAULATIM.

Jure novò Testamentum dividitur in *scriptum, & nuncupativum.* Illud est, quod ad modicum Scripturæ; hoc, quod adminiculo vivæ vocis perficitur.

Requisita de Jure communi ad testamentum scriptum occurrunt sequentia.

I. Ut ultima voluntas vel ab ipso testatore, vel ejus jussu ab alio scribatur, *l. hæc consuetudinis. 21. Cod. de testam. Perez ad Cod. d. t. n. 2. Manz. tract. de testam. tit. 4. num. 6.* In casu autem, quo alius testamentum scripsit, debet testator vel ipse, vel octavius testis illud subscribere. *Nov. 119. c. 9. Glettle de testam. cap. 2. §. 1 n. 2. Schneid. n. 7.*

II. Ut expressis verbis instituat hæres, *l. 29. Cod. eod.* cum hæredis institutio sit basis, & fundamentum testamenti, *l. 10. ff. de Jure Codicill. Zoes. loc. cit. n. 27. Schneid. n. 8. Manz. loc. cit. n. 7. Perez ad Cod. n. 3. Mantica de consens. ult. volunt. lib. 2. tit. 4. n. 2.*

III. Ut adhibeantur 7. testes, *text. hic. Et d. l. 21 Cod. de testam. Ratio* hujus numeri à variis varia redditur.

Voltepus §. 5. *hyst. h. t.* dicit, ita placuisse Romanis, ac pro ratione sufficere voluntatem.

Antonius Faber & Arumeus miserum refugium funant ab *l. non omnium. 10. ff. de LL.*

*Harp.*

*Harprecht*, & alii nullam (putant) probabiliorē assignari posse rationem, quā quōd veteres particularem quandam vim & energiam huic numero septenario attribuunt. Quemadmodum is ab *Hebraeis* dictus fuit numerus *liberatus* à Pythagorico *virginis* tati; ab *Apuleio* purgationis. Imo numerus septenarius, & sacer, & plenus perfectionis dicitur, ejusque frequentissima occurrit mentio in sacra scriptura, v. g. die *septimo* quievit dominus, eodemque homines quiescere voluit. *Gen. f. c. p. 2* Septem milia non flexerunt genua coram Baal. *lib. 3. Reg. c. p. 18 v. 22* Nani fratri septies in die condonabo; imò septuagesies septies *Matth. cap. 18. v. 22*. Similiter *Elisus* Propheta dixit ad Naaman leprosum, vade, & lava septies in Jordane, & recipies sanitatem carnis, atque membrorum.

Dicitur in ore duorum, aut trium consistit omne verbum. *Matth. 18. expo* non requiruntur 7. testes & *Astex* verum esse; nisi plures testes à lege desiderantur, prout in testamento ad evitandas fraudes à lege requiruntur.

Oppones *cap. 10. de de testam. ubi* ponit anathematis affligi jubetur, qui testamentum, coram parocha, & duobus testibus condidit, infirmus. & Constitutionem. d. c. 12. locum habere in terris Ecclesiarum Romanarum subiectus; non vero in provinciis, ad imperium Romanum pertinentibus. *Harp. n. 23.*

Virgo per Nov. Leonis 41. & 43. quia cavetur, ut in civitatibus & in agris 3. testes ad testamentum sufficiant. & Novellas Leonis non esse receptas, nisi quatenus sunt emendationes iuri civili. *Harp. n. 21.*

§ IV. Ut testes sint idonei, h. e. tales, qui nullò iure testimonium dicere prohibeantur, de quibus *infra*.

*Extr. ad legatum*

V. Ut testes sint rogati specialiter ad hunc actum expediendum, nec casu, vel fortuito adveniant, l. 21. §. 2. ff. qui testam. fac. poss. *Glossa cap. 2. §. 1. n. 15. Marz. loc. cit. num. 88.* Rationem, cur rogati debeant, allegat *Menoch de arbit. f. d. lib. 2. cent. 5. cas. 495. num. 35.* ut nimirum ex parte testantis excludatur omnis suspicio, & subordinatio.

VI. Requiritur, ut testes se subscribant, l. 21. Cod. h. e. nec unus scribere potest pro alio, sed, quisque propriò manu se subscibat, necesse est, l. 80. ff. qui testam. fac. poss. Nisi forte in tali loco testamentum conficiatur, ubi tot literati conducantur nequeunt, tunc enim potest unus pro alio subscribere. l. fin. Cod. h. e.

VII. Requiritur, ut testes in conspectu sint testatoris, eumque videant, conspectum agnoscant, ac facies lineamenta probe discernant. l. Cod. h. e. Ratio, ne forte aliquis subornetur, qui vocem testatoris mentiretur, ut, suis et inopibus à muliere quadam sagace esse factum, testatur *Clarus, §. testamentum q. 59. Glossa loc. cit. num. 16* *Irbrund. hic n. 7.*

VIII. Ut testes testimonio sigilla sua imprimant. *ext. hic. l. 22. §. 4. ff. qui testam. fac. poss.* ubi tamen necesse non est, ut singuli propriò annulo utantur, sed possint sigilli utriusque aliendi. §. 7. *Infl. h. e. Menz. tr. de testam. lit. 4. n. 139.* Imò, si ab ipso testatore annulum acceperis, & signaveris, valet testamentum. l. 22. §. 2. qui testam. fac. poss. *Glossa loc. cit. n. 12.*

IX. Et ultimo, ut testandi actus in unico contextu absolvatur, adeoque nihil ab instituto negotio contrarium aut alienum interveniat. §. 3. *hic. Infl. l. 21. §. fin. ff. d. e. Ratio*, ne tunc turba per actum extraneum à competente deliberatione avocetur, aut turbetur. *Menz. n. 154. 10. c. 8. Zoc. n. 29. ff. qui testam. fac. poss. Harp. n. 2. hic.* P p Dida

*Disita* tamen cum grano salis intelligenda sunt; quando enim dicimus testamentum unico contextu absolvendum esse, nolimus excludere actus, quos testatoris moribundi conditio, ratio sanitatis, aut naturæ necessitas efflagitat. Hinc si, calente negotio, Mystra veniat, facerò cibò decumbentem refecturus, si medicamentum egrotò porrigere dum, si superfluum naturæ pondus excernendum sit, ea propter testamentum non vitiat, *Manz. tit. 4. q. 1. n. 155*.

Ex dictis suis sponte sunt, inter testandi actum non posse celebrari contractum: ratio quia non potest testamentò intermisceri actus alienus, *d. l. 21 § fin.* sed contractus est actus alienus; nam contractus fit inter plures, & semel perfectus, revocari nequit. *l. 1. Cod. de G. & A.* Testamentum verò non fit, nisi ab uno, & insuper revocari potest usque ad extremum vitæ spiritum. *l. 4. §. de admod. legat.* ergò inter testandi actum contractus non potest celebrari. *Zoej. loc. cit. hunc 30. Harp. n. 5. Bachov. ad Trusl. vol. 2. di p. 10. sb. 5. lit. H. Hunn. var. resol. lib. 2. trad. 5. q. 4. Fach. l. 5 cap. 23.*

Oppones *l. 7. ff. de libert. assignand.* ubi dicitur, pignus in testamento constitui posse; sed pignus est contractus, *§. 4. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. c. 20 § 2.* nos non ire inficias, quòd tales actus testamento amitteri possint, qui unus voluntate nituntur, qualis est assignatio liberti. Sic quoque non adversatur, *d. l. 26* quia nihil aliud statuit, quàm quòd testator voluntatem suam de pignore, alicui contumendo, in testamento declarare, hæredique necessitatem pignoris imponere possit; taliter enim contractus non celebratur, sed testator declarat, quòd post mortem suam fieri velit.

## AD V. ITA UT HOC.

Ex hæcenis dictis patet, solenne testamentum esse triplicitatum, *b. e.* ex triplici jure, puta, *cod. Prætorio, & constitutionum* collectum, nam, quòd uno contextu, in præsentia testium, ad hoc specialiter rogatorum, fieri debeat, est ex jure civili. Quod autem testes, & titator se subscribere debeant, hæbetur ex Imperatorum constitutionibus. Et denique, quòd signacula in præmi debeant, & 7 testes adhiberi, ex jure Prætorio descendit. *Manz. num. 13.*

## §. SED HIS. 4.

Præter solennitates *suprà* enumeratas, *Jussumus* in *l. 29. Cod. de testam. præceptu*, ut testis triplicem nomen hæredis scribat; vel si ex verbi acerbitate, vel scribendi imperitia id facere non possit, ut nomen hæredis coram testibus nuncupet, ut hi intelligant, quem hæredem consignare voluerit. Verùm hæc ipsa lex fuit postea sublata, & nec essitas, ita exprimendi nomen hæredis, remissa, ita, ut hodie sufficiat, nomen hæredis scribi per alium, destante testatore. *Nov. 119. c. 9. Manz. n. 4. bec. Schamb. & Zoej. ff. b. e.*

## §. POSSUNT. 5.

Jam ante dictum, nil refert, si vel suò, si vel alienò sig.òd quis Testamentum munierit, unò etiam ipsius testatoris sig.òd testamentum firmari posse, patet ex *d. l. 22. §. 2. ff. qui test. am. j. ar. p. ff.* Ratio est in *textu*, quia contingere posset ut omnes, & singuli testes haberent proprios annulos, omnes tamen annuli unam sculpturam, & eandem, sicut quia testes omnes sunt ex una familia, quo in casu idem esset ac si unum tantum annulum haberent. *Manz. & Harp. loc.*

## §. TESTES. 6.

Q. *Hæc quinquæ in testamento possint adhiberi testes?* Et Imperator statuit hæc regulam, testes adhiberi possunt omnes, quibus testamenti factio est, sive activa, sive passiva, o. e. qui & testamenta facere & ipsi ex testamento capere possunt. *Manz. num. 1. Fiaz. n. 2.*

Mihi (ut veru n fate r) præfata regula minus solida videtur; *mulier enim habet testamenti fact. nec tam activam, quam passivam, & tamen à testamento repetitur. Item piosam non habet testamenti factionem activam, & tamen in testamento testis rectè adhibetur. Itaque statuenda est alia regula, nimirum ista: Testes adhiberi possunt omnes, qui non prohibentur. Ita Glette tra3. de testam. c. 2. §. I. num. 4. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 11.*

12. Prohibetur autem I. *Mulier test. hic. l. 20 §. 6. ff. qui testam. fac. poss.* Rationem prohibitionis refundunt nonnulli in fragilitatem sexûs, & infirmitatem Judiæ Male sequebatur enim, sic nimis in nihil planè casu à dicendam testimonium idoneas esse, quod saltem cum regulariter tamen in delictis, quam contractibus admittantur. *l. 18. ff. de testib. Et d. l. 20. §. 6. Breu. mem. ibi l. Et Farinac. de testib. q. 59* Mihi placet illaratio prohibitionis, quæ rejicitur in sollemnitate actûs, ut sensus sit, ideo mulieres in testamento testes adhiberi non posse, quia testes masculi requiruntur de forma. *Barbous. Et Pinn. n. 2. Concordat. N. Oe. Loul-Tafel tit. 5 lib. 2.*

II. Prohibetur *Impubes l. 3. §. 5. ff. qui testam. fi. poss. Et text. hic* idque propter lubricum animi consilium, judicique atque intellectûs inbecillitatem, propter quam communiter ejus testimonium reprobatum.

III. Testis esse non potest *Servus*, quia 13 non habet Juris civilis communionem, imò Jure civili pro mortuo, & pro nullo habetur, *l. 209. ff. de R. J. At testamentum quoad sollemnitates est juris civilis; ergo, Manz. num. 9.*

IV. Coercetur *mentis*, cum testimo- 14 nium reddere possit *Sordus*, cum vocem testatoris non exaudiat. *Furius*, cum non intelligat, quid agat, *l. 20. §. 4. ff. qui testam. fac. poss. Glette hic cit. n. 5.*

V. Omnes n, qui alias à lege in judicio prohibentur esse testes, prohibentur quoque in testamento adhiberi, bonum enim est argumentum à jure ad ultimas voluntates *negative non affirmative S. hinc n. 7 Manz. tra3. de testam. tit. 3. q. 1 Concord. M. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit. 5.*

## §. SED CUM ALIQUIS. 7.

Diximus, quod servus in testamento testis adhiberi nequeat; sed

Q. *hic, quid juris? si servus, qui vulgo credebatur esse liber. de f. 70* testis fuerit adhibitus? *æ. Imperator, quod ex liberalitate tali testamento ob favorem ultimæ voluntatis subveniat, vel valere faciat, text. hic. Et l. 1. Cod. de testam. S. hinc. Et Manz. hic.*

Dices ergo error communis facit Jus? *æ. quod error communis non sit adæquata ratio, quare tale testamentum subsistat; sed, ut ultima voluntas fortianus extant. Myding Et Pin. hic.* Quomodo autem & quando error communis faciat Jus, est aliorum indaginis. *Vide Zoes. ff. de off. Praef. ad l. Barbarrus.*

## §. PATER. 8.

Q. *in hoc §. an ex eadem dnm plures testes prodicere liceat? v. g. ego volo testamentum n. conferre, potestne in eo adhiberi testis pater, & filius suum?*



item duo fratres? Rationes dubitandi sunt duæ. I. Est, quoniam testimonium domesticum reprobatum §. 9. l. 1. Et c. 24. de testib. II. Quia non reputatur ut idoneus testis, cui imperari potest, l. 6. ff. de testibus.

- 15 Verum Imperator statuit, patrem & filium, item duos fratres in eodem testamento recte adhiberi testes; ratio, quia in testamento extranei cessat omnis suspicio falsitatis, collusionis, aut conspirationis. Harp. num. 2.

Ad I. rationem dubitandi. Quod domesticum testimonium tum deinde reproberetur, si negotium sit inter ipsos domesticos; non etiam, si negotium vertatur inter extraneos: tunc enim cessat suspicio collusionis.

Ad II. patet solutio, quoniam d. l. 6. procedit, si is, cui imperari potest, testis fiat in causa imperantis, secus, si fiat testis in causa extranei. Schamb. hic. num. 3.

#### §. IN TESTIBUS. 9.

- 16 Declarat hic Imperator, quod liberi in testamento patris, cujus in potestate sunt constituti, testes adhiberi nequeant, quia testimonium domesticum reprobatum, text. hic. Et c. 24. ff. de testib. Ratio alia, quia in causa propria nemo est idoneus testis, l. 3. Cod. de testib. sed filius testaretur in causa propria, debet enim in testamento hæres institui; ergo.

#### AD V. SED SI.

- 17 Q. hic, an pater possit esse testis in testamento filiorum. Si de peculio castrensi testatur? Et R. negativè his verbis: Sed, si filius in de castrensi peculio post missionem faciat Testamentum, nec pater ejus posse adhiberi testis.

Sed vehementer adversatur, l. 20. §. 2. qui testam. fac. poss. his verbis: per

contrarium dari potest. an Pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo in testamento ejus possit? Et Martellus scribit, posse.

Horovianus in hac tractatum c. narratitate existimat, tantam esse difficultatem, ut videatur operam ludere, qui eos tentat in concordiam reducere. Sed maneat sua Hotomanno fides. ego referre existimo, an filiusfam. ante missionem Jure militari, vel post missionem Jure communis testetur? In priori casu fortitur locum d. l. 20. §. 2. tamen si enim filiusfam. Jure militari testamentum condens, nullis plane testibus indigeat, atque ita inepta videatur dubitatio, possime pater in tali testamento testis esse? quia tamen non semper testamentum scriptum, sed quandoque nuncupativum consuevit. In ultimis casu quaestioj nostræ locus erit. In posteriori casu obtinet §. 9. hic. Ratio differentie est, quia si filiusfam. in castris ante missionem testamentum condit, legibus, & solennitatibus solutus est, post missionem vero Juris præcepta observare tenetur. Glettle tract. de testam. c. 2. §. 1. n. 8. Harp. n. 6. Manz. n. 9. Ludw. hic.

#### §. SED NEQUE HÆRES. 10.

Q. Hic, an hæres in eo testamento, in quo institutus est, possit esse testis? R. quod neque hæres ipse: quia in causa propria nemo est idoneus testis, d. c. 24. ff. de testib. Et l. 10. Cod. eod. Neque is, qui in potestate ejus est, nec pater ejus, nec fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possint: domesticum enim testimonium reprobatum. Manz. Et ceteri omnes hic Concord. N. Ot. Land-Tafel loc. cit.

## §. LEGATARIIS. XI.

Q. hic, an legatarius & fidei-commis-  
sari possint esse testes in iustamentis?

Ratio dubiandi est, quia nemo po-  
test esse testis in propria causa, atque le-  
gatarius, & fidei commissarius, censentur  
testificari in causa propria; tunc enim  
propria causa versari dicitur, quando ex  
illa quoddam emolumentum vel dam-  
num ad aliquem redundat. l. 1. §. 11. ff.  
quando appelland. sed ex hac causa id con-  
tingit, quia testamentum subsistente, le-  
gata etiam, & fidei-commissa subsistunt,  
eo autem cornente & infirmato legata  
quaque corrunt; ergo.

Verum, hac ratione dubitandi non  
attenti statuendum est, legatarios, &  
fidei-commisarios in testamento recte  
adhiberi testes. Ita Manz. tra. de tes-  
tam. tit. 5. quest. 1. n. 50. Gless. loc. cit.  
cap. 4. §. 1. n. 12. Harp. Inst. hoc n. 11.  
Zanf. ff. qui testam. sic. poss. n. 36. Con-  
cord. Jus Aulicus. N. On. Lend-Tifel,  
lib. 2. tit. 5. ubi de legatariis &c. i. e.  
Legatarii vero & alii, ad quos rerum sin-  
gularium dispositio quadam Testatoris perti-  
net possunt utique in testamento testes esse,  
nisi legatum sit momenti majoris, tunc enim,  
ex regimine usu testes esse nequeunt.

Probatur I per §. 11. hoc ff. l. 20 ff.  
de i. quibus locis luculenter sancitur le-  
gatarios fidei-commisarios in testamento  
recte adhiberi testes, ex ratione, quia  
non juris successores sunt, & totum  
negotium videtur esse inter testatorem,  
& heredem, non vero inter testatorem,  
& legatarios, sive fidei-commisarios,  
Perr. ad cod. b. 1. num. 13.

Ad rationem dubitandi & legatarios,  
& fidei-commisarios non testificari in  
causa propria, sed principaliter, & pri-  
mario in causa heredis; huius enim uti-  
litatis, & emolumentum veretur prima-

tio. legatariorum vero utilitas tantum  
venit secundario, & in consequentiam,  
multa autem secundario, & in conse-  
quentiam permittuntur, quae principaliter  
prohibentur. l. 1. ff. per consequentiam.  
ff. de arbit. & cons. tut. Schomb.  
Inst. hic.

Ubi et licet testificantis commodum  
tamen non veniat in consequentiam, in cau-  
sa tamen propria testis esse non potest.  
L. ult. ff. de testib. ubi advocatus in ea  
causa, in qua patrocinium praebuit,  
non potest produci testis, licet commo-  
dum ejus, puta, interesse exultationis,  
secundario tantum veniat, ergo  
etiam idem in legatariis, & fidei-com-  
missariis obtinebit. & conc. aut n. g. con-  
seq. Disparitas est, quod legatarius, &  
fidei-commisarius non adhibentur testes  
ad probandam rei gestae veritatem,  
(aliter enim duo sufficerent sed ad solem-  
nizandum testamentum Ita Sch. ubi Inst.  
hic. Verum hae ipsa solutio exinde sus-  
pecta redditur, quod legatarios non solum  
ad solemnizandum testamentum,  
sed etiam ad probandam veritatem testis  
recipitur. Farinac. tra. de testib. quest.  
60. n. 289. Alia prinde solutio tribuenda  
dicit, esse speciale in testamento, quod  
legatarii in eo possint adhiberi testes;  
rationem autem specialitatis in eo con-  
strui, ne alius difficile sit reperire ali-  
quos, qui testes agerent; eo tamen omnes  
refugerent officium testis, si liceret,  
hac via omnem speciem legati praecidi, Ma-  
nuel. de arbit. iud. lib. 1. cap. 105. num. 14.  
A. iter ad hoc Harp. Inst. hoc n. 12. Manz.  
loc. cit. num. 53.

## §. N I I I L. 12.

Quamvis non sit licitum Notariis, in  
quacunque materia scribere instrumenta,  
sed solum oram pergamino scribere do-  
beant. Nov. 44. cap. 2. Grul. lib. 1. obs.

119 n. 3. testamentum tamen in quacunque materia, seu charta, seu membrana, seu corio, seu ligno scribi potest; ratio non est alia, quam favor ultimæ voluntatis. *Manz. hic.*

#### §. SED ET UNUM. 13.

Tamet si nemo paganorum cum duobus testamentis decedere possit, semper enim prius rumpitur per posterius, §. 2. *Inst. quib. mod. testam. infirmant.* unum tamen testamentum pluribus codicibus confici potest; ita tamen, ut sint ejusdem tenoris, & habeant omnes requisitas solennitates, quæ si observatæ non fuerint, tum reliqua non testamentum, sed apographa, seu descriptiones tantum & copiz, vulgò Copey o lar *Ab-schrißten* nominabuntur, *N. Oe. Land-Tafel. lib. 2. tit. 9.*

#### §. SED HÆC FIN.

- 20 Hactenus de Testamento solenni scripto; restat methodò sequitur de nuncupatio; vocatur autem testamentum nuncupativum, quando testator linguâ suâ voluntatem exprimit, & vivâ voce hæredem nuncupat, de hoc testandi genere agit, l. 21. §. 2. & l. 26. *Cod. de testam.*

Requisita hujus testamenti absolvunt sequentia.

- 21 I. Requiritur, ut testator hæredes palam, sive, ut voce suâ exprimat nomen hæredis, l. 21. ff. qui testament. facer. poss. & l. 29. *Cod. l. 1. d. si d r Geschwinger seinen letzten Willen lauter, und klarh. ben mit eigenem Munde anzugeben. N. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit. 10.*

Dicitur vivâ voce, unde si testator articulatè, h. e. verständlich, ampliùs loqui non possit, & nutu dumtaxat, Notatio fortè interrogatio, an Titium hæredem habere velit? assensui; testamen-

tum non valet, l. 29. *Cod. l. 1. t. ubi is,* qui neque scribere, necque articulatè loqui potest, mortuo assimilatur. Non aliud proinde erit ejus testamentum, nisi mortuum, h. e. nullum, & invalidum. *Fach l. 5. cap. 69. Corpou. part. 3. Const. 5. definit. 9. Gletile loc. cit. cap. 2. §. num. 2. Manz. loc. cit. num. 53. ubi ait, nec illud testamentum valere, si vis, me hæredem tuum esse, manum preme meam!*

Q II. An nuncupatio per relationem ad schedam rectè sit? v. g. Q. an valeat testamentum nuncupativum, si testator schedam aliquam in manibus teneat; vel apud Guardianum Franciscanorum depositam habeat, & coram testibus vivâ voce declaree, illum hæredem esse, qui in præfata schedâ scriptus est?

I. Sententia affirmat. Ita *Berlich. part. 3. conclus. 4. num. 22. Zuef. ff. qui testam. fac. poss. n. 56. Struv. exercit. ad ff. 33. ib. 7.*

Movetur I. Hac ratione, quia non refert, quid fiat ex æquipollentibus, l. 2. §. si cui ff. de legat. 3. atqui relatio ad schedam videtur esse æquipollens, cum æquè perinde de nomine hæredis constare possit, quam per vivam vocem, ergò.

Movetur II. *Per l. 9. §. 8 ff. de hered. Instit. ubi, si quis nomen hæredis quidem non dixerit; sed indubitabili signò demonstraverit, valet Institutio;* atque relatio ad schedam est signum indubitabile, ergò.

Movetur III. *per l. 6. ff. de R. C. ubi, nihil refert dicitur, an proprio nomine res appeleetur; an digito ostendatur; aut vocabulis aliis demonstretur;* ergò idem in nostro calu asserendum.

Verum, utut hæc sententia verè speciem suam se ferat, *negativa* tamen prævallet.

placet, quam calculo suo muniant Bachov. *Inq. luc. Manz. tr. de testam. tit. 4. q. 2. n. 16. Brunnem. ad d. l. 31. ff. qui testam. fac. poss. Gietile loc. cit. n. 6.*

Probatum hæc posterior *Sententia* per *Textum* evidentem in *d. l. 21. h. e. verbis Heredes palam, ita, ut exaudi res postulas, nuncupanda sunt*; Sed, si relatio sit ad Schedam, tam partim exaudiuntur, quam partim ego exaudirem decretum Principis, si in scripturam redactum, mihi quidem ostenderetur, non tamen przlegeretur.

*At he præterea genuina ratio*, quia nimirum inter testamentum scriptum, & nuncupativum hæc possibillimam differentia adstruitur, quod in illo testes ignorent, quis sit hæres, in hoc verò id sciunt. *Harp. hic. n. 3. Schneid. in trib. b. s. n. 2. §. fin. rod. n. Quæ* sanè differentia cessaret, si relatio ad Schedam rectè fieret.

23 Ad I. *re. d. l. 11. §. si cui ff. de legas. 3.* non procedere in casu, quo aliquid pro forma ad actum aliquem desideratur; forma enim per æquipollens non adimpletur, *l. 33. ff. de iurejur.* Sic, licet per testimonium mulieris de voluntate testatoris constare posset, coercetur tamen à ferendo testimonio, quia masculus testis de forma requiritur.

Ad II. *disco*, requiri tale indubitabile signum, ex quo testibus nomen hæredis statim innotescit, quale non est relatio ad Schedam.

Ad III. Jam patet solutio, quoniam demonstratio, per dignum facta tale signum est, ex quo testibus sufficienter innotescit, quis sit hæres.

II. Requiritur ad testamentum nuncupativum, ut testator nuncupationem suam omnino absolverit Unde, si testator inter testandi actum obmutescit, vel in sermone defecerit, sive subitè mor-

te, sive epilepsia, sive apoplexiâ impeditus, ita, ut nihil amplius proloqui potuisset, testamentum non valeret, *l. 25. ff. q. i. testam. fac. poss. Ratio*, quia Jus nostrum non patitur, aliquem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere, *l. 7. ff. de R. J. Manz. loc. cit. n. 50.*

III. Requiritur, ut adhibeantur 7. testes *d. l. 21. §. 2. Et l. 26. Cod. de testam.* uque sint in conspectu testatoris, *l. 9. Cod. rod.* ne fortè per fraudem contingat, ut quis subornetur, & vocem testatoris effingat.

IV. Ut testes fuerint speciatim ad hunc actum rogati, vel convocati, *d. l. 21. §. per. Schneid. n. 1. Harp. n. 2. Manz. n. 62. Et seqq. loc. cit.*

Advertis modò, in testamento nuncupativo easdem sùt solennitates requiritæ, quæ in scripto sunt necessariæ, præter externam solennitatem scripturæ subcriptionis, & subsignationis, *Perez. ad Cod. b. t. 12. Mynsburg n. 4. luc. Zorff qui testam. facere poss. n. 54.* Sanè tametsi ad testamentum nuncupativum scriptura non requiratur; non tamen ineptè ille fecerit, qui illud in scripturam à Notario redigi curaverit; ut nimirum in casu, quo testes mortui, aut in longinquis regiones digressi sunt ultima voluntas nihilominus sufficienter doceri possit. *Gietile n. 23. de testam. cap. 2. §. 2. n. 1. Zorff. n. 57. Schneid. 7. Perez. ad Cod. b. t. n. 23.* Neque tamen eas propter desinet esse testamentum nuncupativum, cum scriptura non solennitatis, sed probationis ergò adhibeatur; prout in simili de consuetudine diximus, quæ licet in scripturam redigatur, adhuc tamen Jus non scriptum manet, *Schomb. Inq. luc. Manz. tr. de testam. tit. 4. q. 2. n. 47.*

Q. III. *An solennitates, hætenus enumeratæ, sint de forma substantiales; an de probato-*

*prohatoria tantum? Sive ( ut magis perspicue loquar ) an testamentum , debitis solemnitatibus destitutum , sit nullum sit , ut ne quidem in foro animæ teneat? Cuius solennissimæ hujus , à Theologis non minus , quàm Juris peritis utramque in partem vehementer dissidio agitatae Contraversiæ talis esto ! Sempronius coram 5. testibus , vel coram 7. sed non Joneis , fortè , quia per imprudentem mulierem adhibuit , condidit testamentum , & me hæredem scripsit. Consurge Quæstio : an ego possim , vigore hujus testamenti , res , quas forsitan ex hæreditate possideo , salvo conscientia , retinere , vel si hæres ab intestato res hereditarias possideat , in foro conscientie illas mihi restituere teneatur ?*

- 24 Sunt non infimæ notæ AA. qui *negativum* fortiter sustineant , doceantque tale testamentum neque in foro fori , neque in foro poli subsistere , atque ated me obligari in conscientia , res ex tali testamento acquisitas , legitimis hæredibus restituere Ita *Overruin in c. cum esset* 10. tit. de testamentis n. 9. *Et seqq. Purburg lib. 3. de testamentis* tit. 1. §. 3 n. 13 *Cardem. de Lugo de J. Et J. disp. 2. scilicet 9. Leymann. lib. 1. Theolog. moral. tract. 4. cap. 27. n. 2. Et seqq. Gomez. ad leg. Tauri §. n. 120. P. Engel. de Constitut. §. 3 n. 54. Giesle tract. de testam. cap. 1 §. 5. Manz tract. de testam. tit. 5. q. 7 Hurr. §. 1. i. h. i. n. 26 Schimb. hyl. luc Clariss. DD. Franz. select. quæst. 21.*

Fundamenta hujus sententia sunt sequentia.

I. Taliter adornant : Lex justa in foro fori , est etiam justa in foro poli , ut patet in præscriptione , & usucapione ; sed lex , quæ irritat voluntatem testatoris , debitis solemnitatibus destitutam , est justa in foro fori , quoniam respicit utilitatem reipublicæ , ut videlicet testamenta à fraudibus reddantur irritum ; ergo etiam justa in foro poli.

II. Ita efformant : Index testamentum debitis solemnitatibus destitutum , justè pronuntiat , esse nullum , & hæreditatem legitimis hæredibus justè adudicari , arg. l. 3. Cod. h. i. ergo tale testamentum erit etiam nullum in foro conscientie , alias sequeretur , quod is , qui pro se habet sententiam justam , non esset tutus in conscientia.

III. Hunc in modum astruunt : de Jure Canonico testamentum , sine præsentia parochi conditum , est nullum , c. cum esset 10. tit. de h. e. ergo non obligat in conscientia ; alias sequeretur , quod Jus Canonice actum aliquem declararet nullum , qui tenet in conscientia.

IV. Desumunt ex l. 23. Et l. 29. Cod. de fideicommissis. Quibus locis perspicue redditur , legatum , vel fideicommissum , in testamento imperfecto relictum , peti non posse.

V. Sic effingunt , ad omnem actum requiritur non tantum voluntas , sed etiam potestas , arg. l. nemo potest ff. de leg. 1. atqui in nostro casu deficit potestas , quia nemo potest validum testamentum conficere sine solemnitatibus lege requisitis , l. 21. Cod. de testam. ergo.

VI. In eo potest , quod actus , à lege simpliciter irritatus , censetur irritatus non tantum in foro externo , sed etiam interno ; sic matrimonium clandestinum per Concil. Trident. 24. de reformat. Matrimon. c. 1. si simpliciter irritatum , dicitur irritatum non tantum in foro externo , sed etiam interno Item professio , ante 16. annum emissâ , in Concil. Trident. sess. 25. de Regularibus cap. 25. simpliciter irritata , dicitur in utroque foro irritata ; atque testamentum , debitis solemnitatibus destitutum , est simpliciter irritatum , l. 21. §. 1. Cod. h. i. ergo censetur non tantum in foro externo , sed etiam interno irritatum.

Verum ,

Verum, his non attendis, semper mihi visa est, & adhuc videtur, verior tuiusque sententia, quæ dicit, testamentum, debitis solemnitatibus destitutum, in toto conscientie tenere, adeoque ab hærede scripto licite retineri res ex ta i testamentis acquisitas; nec restituere eis eisdem heredibus ab intestato, sed huius potius teneri, scriptis heredibus easdem reducere. Ita docent *Molina de J. & J. disp. 21. n. 16. Lessi lib 2. d. J. & J. c. p. 19. dubit. 3. n. 13. Fach. l. 4. cont. 5. Zorff. ff. qui testam. facer. poss. n. 43. Bach. ad Truul. vol. 2. disp. 10. ch. 1. lit. A. Vinn. §. 3. l. 1. h. i. num. 8. Mantio de cury. ult. vol. m. lib. 2. tit. 14. num. 13.*

Probatur II. Ubicumque datur obligatio naturalis, ibi datur obligatio conscientie, c. novit. 12. *de iudicis*. Sed ex testamento, licet debitis solemnitatibus destitutum, datur obligatio naturalis; ergo etiam datur obligatio conscientie. num. offenditur Solutum ex testamento imperfecto repeti non potest, l. 2. *Cod. de fidei commissi* l. 16. *Cod. de testam. et* ergo ex testamento imperfecto nascitur obligatio naturalis, quia id, quod nullò modo, h. e. neque naturaliter, neque civiliter debetur, si solum sit, repeti potest, l. 7. l. 13. *ff. de condit. indeb. Schmid. Inst. §. 1. Quib. mod. reconstr. oblig. n. 3. Perez. Cod. de condit. indeb. n. 3. Zorff ff. rod n. 9.*

Dicitur non idcirco solventi legatum ex testamento imperfecto repetitionem per conditionem indebiti, non dari, quia illud legatum debetur naturaliter, sed idcirco, quia illud solvendo commisit errorem Juris, qualem errorem qui committit, conditionem indebiti perdit; licet solum neque naturaliter, neque civiliter fuerit debitum, l. 10. *ff. de Juris. Et facti ignoravit Zorff. ff. loc. cit. n. 14. Harp. §. 1. Inst. quib. mod. reconstr. oblig.*

Kees ad Instituta.

n. 14. *ff. neg. & perneg.* errorem Juris causam esse smisse conditionis indebiti, tamen enim *Zorff. & Harp.* autument, conditionem indebiti non competere, si id, quod neque naturaliter, neque civiliter debitum est, solum sit; contrarium tamen sententia tam de Jure, quàm de ratione naturali iniquitati longe videtur esse verior, prout eam acriter propugnant *Corpus. p. 3. canis 15. definit. 42. Richardus in l. 1. Cod. de condit. indeb. u. 2. Wessing in parat. ad ff. rod. n. 9. Et centum alii, qui tamen de re non alibi.*

Probatur II. Ex differt. text. l. 2. *Cod. de fidei commissi* his verbis: *est fidei commissum relictum sit; si tamen heredes o comperta voluntate desistat præstiterint, nulla ejus quæstio fidei commissarii moveri potest; cum non ex sola scriptura, sed conscientia relictæ fidei commissi, voluntati defuncti videatur satisfactum.* En tunc testatoris voluntati satisfactum esse dicatur, non est necesse, ut scriptura, h. e. testamentum valeat; sed sufficit, quod hæres sciverit voluntatem defuncti, quem tenetur adimplere, eo quod de Jure naturæ sufficiat, quod de voluntate testatoris satis constat.

Probatur III. Hæc argumentis, id quod ex testamento imperfecto debetur, deducitur in constitutum. *Schmid. §. 8. Inst. de ad. u. 23.* ergo signum est, quod debeatur naturaliter, quia, quod neque naturaliter, neque civiliter debetur, in constitutum non deducitur. *Zorff ff. de constit. pecun. num. 5. Schmid. loc. cit.*

Probatur IV. Ut testamentum de Jure naturæ valeat, sufficit, intervenisse duos, aut tres testes, arg. c. cum esset 10. *de testam.* ubi diciturque, quod in ore duorum, aut trium constitut omnia verbum; atqui testamentum, quod valet de Jure naturæ, obligat conscientiam. c. novit. 13. ergo.

Q. 1

Proba-

*Probatur V.* Solemnitates, quas Jus civile in testamentis conficiendis requirit, ideo debent adhiberi, ne facile committantur fraudes, *l. ult. Cod. fidei commiss.* *l. 21 Cod. de testam.* Sin ergo de veritate, & ex tã testatoris voluntate certò constet, testamentum valebit; tametsi solemnitatibus, Jure civili requisitis, instructum non sit.

*Argumenta contraria* ea, quæ produciuntur, facilitate contunduntur.

Ad I. quidem *reg. maj.* tametsi enim quoque lex in foro fori iusta sit, utpote ob justam, & gravem causam in republ. emolumentum constituta; non tamen ea propter in foro etiam conscientie obtinet. Quod ipsum satis perpendisse videtur sapientissimus Romanorum Seneca: *angusta inquit conscientia est, faciendum operum esse iustum.* Sic, licet emptor in casu, qui venditur infra dimidium ex contractu læsus est in foro externo supplere pretium non teneatur; nemo tamen dixerit, quòd in foro conscientie etiam non teneatur.

Item, licet actioni redhibitorie, quanti minoris, de dolo malo, certò tempore ita præscribatur, ut intentari in iudicio nequeat, reus tamen, qui dolum commisit, in foro conscientie reus non est. Pariter, licet de Jure civili quis mala fide præscriptionem longissimi temporis ita compleat, ut rem præscriptam in foro fori non teneatur restituere, teneatur tam in foro conscientie. Denique fac, quòd Titus tibi abstulerit cutem auream, & ea propter à te actione rei vindicatoria imputatur, numquid, si tu in probatione dominii deficias, Titus in foro fori absolvitur? & tamen in foro poli tutus non est; ergò lex iusta in foro fori non semper est iusta in foro poli.

Ad II. Ex dictis patet solutio: Juxta

enim iudicat secundum forum fori. Sic in dato ultimo exemplo Titum rectè absolvi à restitutione cutem auream; tametsi Titius, eam non restituendò peccet.

Ad III. *reg.* etiam in Jure Canonico forum fori distingui à foro poli. Sic Jus Canonicum permittit, contrahentes invicem se decipere, dummodo læsio non excedat dimidium iusti pretii, *c. pen. Et c. cum debet de empt. Et vend.* & tamen hoc non licet in foro conscientie: Paulus enim Apostolus admonuit, ne quis in negotio circumveniat fratrem suum. Deinde Jus Canonicum testamentum, coram duobus testibus sine præsentia parochi confectum, solummodo declarat nullum in foro externo, non etiam interno; quemadmodum exinde patet, quòd à tale testamentum infringendum de Jure Canonico nullum remedium datum sit. Sanè etiam Jus Canonicum in foro fori multa decernit; quæ tamen in foro poli nos semper procedunt. Vide *Mantic. loc. cit. n. 24.*

IV. Exinde ruit, quòd nos ipsi adversariis concedamus, legatum, vel fideicommissum ex testamento imperfecto per actionem aliquam in foro externo peti non posse. Sed illud negamus, in foro conscientie peti in posse.

V. Ex dictis convellitur, tametsi enim testatarius potestas, aliquem ex testamento imperfecto obligandi de Jure civili, & in foro fori; non tamen deficiat potestas illa obligandi in foro conscientie, utpote in quo sufficit, quòd testatorum valeat de Jure naturali. *h. e.* si licenter constet de voluntate defuncti.

Ad VI. & *insum reg. maj.* Ad confirmationem dico, quòd à Concilio Tridentino expressè clausula, irritans matrimonium clandestinum, & professio-

rum conscientia subiecta fuerit; nullibi iure in toto nostro iure cautum est, testamentum, in foro test nullum, esse quoque irritum in foro conscientie.

Ex his Inculenter patet utriusque Sententia tanta probabilitas, ut dubium mihi nullum haereat, posse aliquem utramque modo se, uti; quoties enim duarum opinionum, practice probabilium, conflictus occurrit, possum quamlibet tunc sequi, etiam contra propriam opinionem probabiliorum, & tutiorem visam. *P. Sporer in De alog. p. 1 traß. 1. c. 1. sect. 3. assert. 8. §. 1. Et 3.*

Porro, quæ hucusque de testamentorum requisitis, & solemnitatibus accumulavimus, ab eorum observatione ferè ubique gentium recessum esse, testis est *Perez. ad Cod. h. t. num. 20.*

Sic de Jure Austriaco ad valorem testamenti scripti nullæ penitus solemnitates requiruntur, sed sufficit, quod sit holographum, h. e. à principio usque ad finem propria manu testatoris scriptum, & ejus subscriptione, nec non sigilli appositione munitum. *N. Oe. Land. Tafel, lib. 3. tit. 3. Wann einer sein Testament, &c. i. c. Si quis sua manu Testamentum suum à capite ad calcem conscripserit, atque subscripserit, ita ut nulla scriptio extranea ibi sit admixta, Et Testamentum auctor suo, aut familia inscribatur, quibusvis solet, signaverit: id Testamentum, secundum mores regionis solenne ac validum habetur, nec ut teste ullò, sigillove extraneo, aut annulo, vel alia solemnitate, sit ornatum, necesse est.*

Dixi: mit eigener Hand dorchaus s.ber.ber. Testamentum enim, manu aliena scriptum, & testatoris solà subscriptione, & sigillatione munitum non subsistit. *N. Oe. Land. Tafel, loc. cit. his verbis: Da er aber &c. i. e. Si vero alterius manu Testamentum curatum fuerit;*

quamquam Testatoris manu in incertis verbis subijci primum, Et sigillo munitum sit, solenne non est, neque validum, nisi si: cum uno aut duobus Testibus, una cum scriptore Testamenti, ac sigillis illorum sit adprobatum.

Deinde procedit de testamento scripto. Ad nuncupativum de Jure Austriaco requiritur, ut ahibeantur 5. testes. *N. Oe. Land. Tafel, lib. 3. tit. 10. Die Wirt. i. c. Testamenta que verba Et ore sunt, Nuncupativa d. d. i. juxta consuetudinem regionis sic possunt constitui. Scilicet, advocatus a Testatore quinquæ viri honesti & loci incolæ, quibus ipse clara voce ultimam voluntatem suam declarat, rogans, ut ejus sint memores atque testes, testimoniumque hac de re in tempore statuto coram iudice ordinario perhibere, prout juris est, ut patet.*

Juannes Henricus Reuter in suis disputationibus Juris civilis Austriaci, ad T. h. 7. num. 7. assertit in testamento nuncupativo, excepta civitate Viennensi, in aliis Dicastriis sufficere, si 5. h. b. i. fuerint tres testes. *A. l. l. der Bur. sch. fr. &c. i. c. In aliis iudiciis Austria, Viennensibus tantummodo exceptis, satis est si tres h. b. i. recipiendi testes, ad Testamentum seu scriptum, seu nuncupativum adhiberi fuerint.*

At quid si duo tantum fuerint adhibiti? Manzus traß. de testam. tit. 4. quest. 1. m. 68. Carpov. par. 3. com. 4. definit. 41. num. 3. Item Walter de Jure consuetud. Austr. l. 3. tit. 3. Welcher dann, &c. existant in Austria, & Venetiis illos sufficere. Sed contrarium scribit Suttenger in lit. T. illis verbis. So haben doch, &c. i. e. Regnum Austriacum, atque Jux Provinciale contrarium statuerunt, nec hucusque demonstratum fuit, sufficere testes duos ad Testamentum constituendum regionis moribus.



Proinde optime, & securissime ille fecerit, qui nuncupative testari volens, ad minimum 3. 4. aut 7. testes adhibue-

rit, vel omnino solemnitates Juris con-  
muni observaverit. *Wangern. l. 2. obs-*  
*117. num. 6.*

## TITULUS XI.

## DE TESTAMENTO MILITARI.

## SUMMARIA.

- 1 Testamentum militare valet sine solemnitatibus.
- 2 Quae sit ratio hujus privilegii?
- 3 Milites stationarii, & limitanei hoc privilegio non gaudent.
- 4 Veterani milites qui dicantur?
- 5 Testamentum militare post missionem datur und annō.
- 6 Testamentum, jure paganorum nullum, per militem sequentem confirmatur.
- 7 Milites rogati an jure militari testentur?

**H**ucusque dictum est de testamento solenni; sequitur de minus solenni, quale est testamentum militare.

## AD PRINCIP.

Enumeratas haecenus solemnitates milites in suis testamentis adhibere non debent, sed eorum testamenta valent, licet neque legitimum numerum testum, neque aliam testamentorum solemnitatem adhibuerint, dummodo constet de ipsorum voluntate, sola enim voluntas militis pro jure habetur, *text. hic. & l. 1 ff. de test. b. c.* Itaque si miles suam voluntatem in vagina, seu clypeo litteris linguae suae cursantibus, declaraverit, aut in pulvere scripserit, valet hoc solummodo jure testamentum, *l. 15. Cod. de test. b. c. Brunen. in d. l. 15. n. 2.*

**Q. I. Quae sit causa, & ratio, quod militibus hoc privilegium concessum sit?**  
Rejiciunt aliqui rationem in simplicitate, & impericium militum, utpote qui arma magis, quam Jura, & leges scire, intelliguntur, *l. 1. Cod. de jure delib.* Sed impulsiva magis est, quam adaequata haec ratio: non enim longè efferre oculis necesse est, & deprehendes, nostris etiam temporibus reperiri milites, in quorum ingenio non ultimo loco Juris prudentiae intelligentia collata est.

Adaequata proinde ratio hujus privilegii ponenda est in periculis, quae patriae defensione, & rerum nostrarum gloriosa tuitione suscipiunt. *Mazz. l. 1. hic num. 4. Schamb. q. 1. hic. Glettle tra. de Testament. cap. 2. §. 1. num. 2.*

## AD VERB. ILLIS AUTEM

Explicat Imperator, hic, quando milites hoc privilegio gaudeant, statuitque, quod tunc demum eo uti valeant, cum in expeditionibus occupati sunt. *Text. hic. l. pen. Cod. de test. & l. 1. Cod. eod. in exp. hunc autem esse intelliguntur illi, qui sunt in ipso conf. Clu., & acie, vel qui in castris in fossis, in stivis, aut in locis hostilibus irruptionibus obnoxiis exstant. Mazz. n. 8. Perz. ad Cod. d. c. n. 23.*

Ex his sequitur, milites stationarios, qui ad agros excurias in urbibus, & manibus ponuntur, ut sunt, v. g. hic *Vienne de Garde-Soldaten.* Item milites limita-

*Similaneos, die auf deren Gräntz Häusern liegen.* Item illos, qui extra castra in aliis locis, vel in suis aedibus degunt, hoc privilegio non gaudere; sed teneri omnia observare quae Paganus aliquis observare tenetur, *l. pen. Cod. h. t. cessante enim causâ privilegii, cessat ipsum privilegium. Manz. n. 4. Harp. n. 26. Gail. lib. 2. obs. 112. num. 6. Concordat. N. Oe. Land. Tafel, lib. 2. tit. 12.*

## §. PLANÆ.

Tamen si dictum sit, testamentum militis, quod modo factum, substat; et si serâ voluntate tamen testatur, et cum sit dicitur: non enim, quid scriptum, dictum esse facit, attendi debet, *l. 19. ff. de caduc. l. si miles, ubi pleniusque inter duos v. o. n. p. r. s. d. p. s. fieri consuevit; et si in id, vel ex joco, praesentibus, qui in aliquem conversus dixerit: ego te heredem facio; aut bona mea tibi relinquo, tale dictum pro testamento observari non debet. Videtur enim miles magis, captandae benevolentiae causa, aut repentinâ affectu simile quid dixisse, quam ex animo faciendi talem heredem; sipe enim lingua praevertit mentem, *Harp. n. 2. Et 3.* Itaque de serâ voluntate testandi constare debet, & quidem, si miles in scriptis testatur, sufficit quoquo modo suam voluntatem expresserat, *text. hic. Et d. l. 15. Cod. h. t.* Si verò nuncupativè voluntatem suam ultimam committere velit, duos saltem testes aut tres adhibeat, necesse est, quoniam norma Jure militari testis in hoc Jure non ita reducta est, quo jure saltem duos testes requiruntur: in re enim duorum, aut trium consistit omne verbum d. c. cum *off. 10. ff. de testam. Manz. num. 10. Et per. ad Cod. h. t. num. 2.**

## §. QUINIMO. 2.

Q. hic, an mutus & surdus miles testari possit? R. distinguendum esse an à natura, an vero ex accidenti talis sit? Ille testari nequit: quia surdus, & mutus à natura ad militiam plene idoneus est, cum nec juramentum praestare, nec testatorem in iuramentum enuntiare, nec classicum exaudire, nec imperium belli ducis percipere possit. Hic testamentum rectè condit, & quidem Jure militari. *text. hic. Harp. num. 4. Manz. num. 9. pulchre Vinn. luj. hic. num. 2.*

## §. SED HACTENUS.

Ex hoc §. IV. notanda dixeris.

I. Est, quod veterani milites illi dicantur, qui ex actō militiæ legitimò tempore honestè missi, & sacramentò soluti sunt, *l. 2. ff. de veteran.* Quod tempus 20. annorum fuit; aut, *l. fin. Cod. de his, qui non impler. stipend. Schamb. hic.*

II. Est, quod milites post missionem, & absolutionem à militia, quando videbatur veterani facti, Jure communi testari debent, *text. hic.*

III. Est, quod testamentum, Jure militari factum, post missionem non duret, nisi unò anno, *l. 21. Et l. 38. ff. h. t. Perez. ad Cod. cod. num. 3.*

IV. Est, quod in casu, quo heredi adjecta est conditio, v. gr. si Caesar hostes vicerit, institutio heredis valeat, etiam si victoria deum post annum secuta fuerit; Ratio, quia conditio retrotrahitur ad tempus mortis, *Schamb. Manz. Et Pann. hic.*

## §. SED ET SI 4.

Casus hujus §. talis est: Paganus quidam facit testamentum non observatis solemnitatibus Juris, deinde nomen dedit militiæ, quæstionis est, num per sequentem militiam confirmetur ejus testamentum?

# QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM?

## SUMMARIA.

## AD V. STATIM.

- 1 Filiusfam. non potest testari.
- 2 Etiam si patris consensu accedat.
- 3 Limitatur in peculio castrensi & quasi tali.
- 4 An de peculio adventitio extraordinario velis testetur?
- 5 Quid de Jure Austriaco?
- 6 Impuberes.
- 7 Furiosi.
- 8 Prohi non testantur.
- 9 Quid de mutis, & surdis?
- 10 Item de captis ab hoste?

**H**Actenus de validitate testamenti ex capite causæ formali; superest, ut de validitate ex parte causæ efficien-  
tiam agamus, atque inquiramus de personis, quæ testari possunt. Ub pro regula generali tenendum, testari posse omnes, qui speciali Jure non prohibentur. *Si-  
ebard. in Cod. b. 1. n. 2. Mynsing Inst. huc. Glesle tract. de testam. cap. 4. in princ.* Ratio hujus regulæ generalis est: quia testamenti factio est de genere permissio-  
rum, juxta vulgatum illud: *Uti quisque rei sue legasset: ita jus est*, l. 12. ff. de V. & perm. s.orum autem hæc natura est, ut quod expressè non prohibetur, pro permissio habetur, c. 23. de sponsal. l. 1. ff. de testib. l. 43. ff. de procurat. *Mura. t. a. 2. de testam. tit. 2. q. 1. n. 4. Fingsternald. lib. 2. obs. 110. num. 9.*

Cùm nulla sit firma regula, quæ suas non patiarur exceptiones. Ideo Imperator hic al quot ponit ad regulam limitationes, seu exceptiones.

Excipiuntur autem I illi, qui alieno Juri, & potestati subiecti sunt, v. g. servi, *filiusfam.* ita, ut etiam si filiusfam. esset centum annorum, amen, nec testa-  
ri, nec codicillari possit, l. 16. ff. qui testam. fac. poss. diciturque, il lundubitatū Juris esse, l. 3. §. 1. Cod. eod. Ratio: quia ad testamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet si-  
liusfam. l. 4. ff. de R. J. ubi vel e non creditur, qui obsequitur imperio patris. *Harp. u. 2. Mura. tra. 1. de testam. tit. 2. q. 1. n. n. 83.*

## AD V. AD EO QUIDEM.

Ista conclusio, quod filiusfam. testa-  
ri nequeat, ita extenditur, ut ne quidem patris permissu testari possit, *text. hic.* ul-  
timum voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, l. 36. ff. de hered. *Inq. Perez. ad Cod. b. 1. n. 7. Mura. num. 13. hic.*

*D. cey:* Filiusfam. consentiente patre, potest donare mortis causa, l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat. ergo, consentien-  
te patre, etiam poterit testari. *82. cons. ant. noz. consq.* Disparitas est, quod ad testamenti factionem, utpote quæ est Juris publi-  
ci, l. 3. ff. qui testam. fac. poss. requiratur, ut quis sit paterfam. Ad do-  
nationem verò, mortis causa, utpote

que est Juris Privati, & accedit ad speciem contractus, non requiritur, ut sit paterfam. sed sufficiat, quod per donationem patri non fiat prejudicium. *Harp. n. 19. Clariff. D. Franz. h. j. §. 7. m. 8.*

# AD §. EXCEPTIS III.

- 3 Tamerli filiusfam. de peculio profecticio & adventicio ordinario, cujus scilicet usus-fructus est penes patrem, testari nequeat; contrarium tamen obtinet in peculio castrensi, vel quasi tali: in hoc enim cum habeatur pro paterfam. ideo de illo recte testatur. *text. luc. §. l. pen. §. ult. Cod. h. t. Manz. tract. de testament. tit. 2. q. 1. num. 137. Sed.*

4 Q. I. An filiusfam. de peculio adventicio extraordinario, cujus scilicet habet & usus-fructum, & proprietatem, testari possit?

Dixeris primò incuius, quòd sic. *l. per l. ult. §. 1. Cod. de bonis, qua lib. ubi in hæc verba rescribitur: filiusfam. in his danteat casibus in quibus usus-fructus apud parentes est, donec parentes vivunt, ne usdem testari permittimus; ergo a Contrario in his casibus, in quibus usus-fructus apud parentes non est constitutus, testari permittitur, arg. l. 1. §. de off. ejus cui mand. est Jurisd.*

II. Per Nov. 117. cap. 1. §. 1. ubi filiusfam. de bonis plenò jure possidet, quovis modò disponere potest, ergo poterit etiam de iis testari.

III. Per Nov. 22. cap. 26. §. Si veri, ubi dicitur filium posse de iis rebus, quas ex secundo patris matrimonio lucrificeis, testari, in his verbis: *sive disponens, sive intestati moriantur.*

IV. Quia ideo potest filiusfam. de peculio castrensi, vel quasi tali testari, quia pleno jure ipsius est dominus, & quilibet est suarum rerum moderator, & arbiter, l. 21. Cod. mandati; atqui filiusfam. peculii adventicii etiam est plenus dominus; ergò

Verum, his non obstantibus, *Sententia contraria communiter placuit. Ita Zoef. §. qui testam. fac. po. §. n. 17. Bachov. ad Truvel. vol. 2. disp. 10. 1. 2. it. & Harp. n. 29. h. t. Giesle tract. de testam. cap. 4. §. 7. m. 21. Fach. lib. 5. cap. 94. Manz. loc. cit. n. 99. Perez Cod. d. l. m. 8. Sicord. in rubr. Cod. ord. n. 12.*

Facit pro hac *Sententia l. l. pen. Ord. qui testam. facere poss. ubi filiusfam. in quibusdam bonis, quæ sine consensu patris possidet, non potest testari, ergò non potest testari de bonis adventiciis, quorum habet plenam proprietatem; quia tantum sunt tria genera bonorum, quæ filius sine consensu patris possidet, scilicet castrensis, quasi talis, & adventiciis extraordinaria. De primis duobus potest testari; ergò de tertiis non poterit testari; aliis enim nulla essent bona, quæ filiusfam. sine consensu patris possidet, & de quibus testari non potest. Hoc Argumentum cum Bachovo non posse solvi existimo.*

Facit II. Evidens, & aperta ratio: quia ad testamenti factionem requiritur, ut quis sit paterfam. *text. hic.* atqui respectu peculii adventicii extraordinarii filiusfam. non habetur pro paterfam. ergo.

Ad l. *et. d. ult. §. 5.* ad peculium castrense, vel quasi tale restringendam esse, quia tempore, quo d. l. ult. §. 5. lata est, unicus tantum fuit casus extra castrense, vel quasi castrense peculium, quo patri in peculio filiusfam. usus fructus non acquiebat, puta! si sine consensu patris hæreditatem adiret, de hoc autem casu d. l. pen. expressè constitutum est quòd testari nequeat; ergo decisio d. l. ult. §. 5. ad alios casus, postea introductos, non rectè extenditur, cum non solent lex præterita referri ad casus futuros incognitos. Aliæ *Giesle loc. cit.*

Ad

Ad II. *Nov. 117. cap. 1. §. 1.* pro-  
cedere de scilicet inter vivos, uti patet  
ex requisito perfectæ ætatis, quæ 25.  
annis compleri dicitur; ad testamenti  
autem factionem de Jure communi so-  
lummodo 14. anni desiderantur.

Ad III. *Nov. 22. cap. 26.* loqui  
de filio, sui Juris facto, vel per mortem  
patris (quemadmodum patet ex verbis:  
*præmorsus gentis*) vel per emancipa-  
tionem.

Ad IV. *dic.*: quod non defectus do-  
mini impediat testamenti factionem, sed  
patria potestas, quæ facit, quod filius-  
fam non habeatur pro patrefam. nisi in  
peculio castrensi, vel quasi-tali. *Schamb.  
hic.*

5 De Jure Austriaco filiusfam. de pecu-  
lio, pleno Jure possessio, recte testatur.  
*Funferwald. lib. 2. obs. 13. num. 6.*  
*Walter de Jure consuetud. Austr. lib. 3.  
tit. 2.*

Idque vel maxime procedit, si filius-  
fam. uxoriatus, vel filiusfam. ad mariti  
domum deducta sit; ex consuetudine  
enim Germaniæ passim iuxta faciunt,  
ut quis pro patrefam. habeatur. *Manz.  
trakt. de testam. tit. 2. q. 1. num. 164.*

#### AD VERS. EX HOC.

*Differentia peculii profecti & castrensis*,  
in eo potissimum consistit, quod illud  
propter æ alienum patris creditoribus  
cedat; hoc non etiam: Illud conferri  
debeat; hoc non etiam, *text. hic.*

#### §. PRÆTEREA.

6 II. Testari prohibentur impuberes,  
*text. hic.* Quia nullum eorum animi ju-  
diciam est, *l. fin. Cod. de testam. miss.*  
Itaque masculus 14. femina 12. annos  
habent, necesse est, ut de Jure com-  
muni testari valeant. *l. 5. ff. qui testam.  
fac. poss.* Nec attenditur, malitia æta-  
*Etis ad Instituta.*

tem suppleat, nec ne? quoniam pœd æta-  
tas de forma requiritur, quæ per  
æquipollens non adimpletur. *Manz. loc.  
cit. n. 12. Schamb. hic. Funferw. lib. 2.  
obs. 112. num. 2.*

De Jure Austriaco res aliter se habet,  
teste *Walter de Jure consuetud. lib. 3. tit. 2.  
§. Als erbsuchen*: &c. i. e. ut 14. Qui  
legitimam ætatem non attigerunt, testari  
nequeunt. Majores, Testamenti consuetudi  
facultatem quantum adinet, anno decimo  
obato, moribus regibus, censetur.  
Adæque juvenis sive mas sive femina, quæ  
annum vete sua octavum supra decem ple-  
nè sunt adepti, liberam bonæ suæ adminis-  
trande, deque eis testandi facultatem  
habent.

Suttinger in *M. S. lit. T. §. Wirt-  
Testament.* testatur testamentum alicujus  
Virginis, 17. ætatis anno conditum,  
pro valido judicatum esse; sed addit,  
illam Virginem jam desponsatam fuisse,  
adeoque quasi pro conjugata reputatam  
esse. Vide *Funferwald. loc. cit. num. 13.*

III. Testari nequeunt Furiosi, qui 7  
mente carent; testamentum tamen, an-  
te furorē factum, per subsequentem  
furorē non infirmatur, tum quia furor  
est facti, adeoque non tollit ea, quæ sunt  
Juris; tum, ne æstus addatur æstio-  
to. *Harp. n. 12. Schneid. n. 8.*

#### §. ITEM PRODIGA. 2.

VI. Testari prohibetur Prodigæ, sive 8  
ille, cui adempta est administratio bono-  
rum, *text. hic.* *l. 15. §. 2. ff. de t.*  
Ratio: quia in Jure furiosus & prodig-  
us passim æquiparantur, *l. 1 ff. de cu-  
rat. furios.* Illud tamen testamentum,  
quod prodigus fecit ante ademptam bo-  
norum administrationem, ratum, & fir-  
mum manet, etiamsi postea prodigus  
declaretur. *text. hic. Manz. loc. cit. num.*

84.

R r

§. ITEM

## §. ITEM SVADVS. 3.

## §. COECVS. 4.

Q. hic. an mutus, & surdus testari possit? *ne distinguendum esse, an quis mutus, & surdus sit a natura, an ex accidenti? Si prius, testari non potest, l. 10 §. Sincimus. Cod. qui testam. facer. poss.* parum enim à fatuis, aut brutis abest, qui a cunis surdus, & mutus est: nam animò a bestis secernimur, qui stolidus admodum, & crudus sit, oportet, si fores habeat praelusas, per quas scientiæ intrare consueverunt, *Glettle loc. cit. cap. 4. §. 1. n. 2. Perez. Cod. d. e. n. 3. Manz. loc. cit. n. 289.* Si mutus, & surdus sit ex accidenti, testari tamen dum poterit, si litteras calleat, h. e. scribere possit. *Myasfing. Inst. hic. n. 2. Zoef. ff. qui testam. facer. poss. num. 4.*

Si denique alterò vitio tantum laboret, h. e. mutus tantum aut surdus sit, testari poterit, si voce aut scriptò mentem declarare queat, *d. l. 10. §. si autem Glettle loc. cit. num. 3. Manz. n. 303. Zoef. d. num. §.*

Coecus quin testari possit, dubium nullum est, dummodò adhibeat solennitates, in l. 8. *Cod. h. s. expressus, h. e. declar. voluntatem coram 7. testibus & illa à tabellione, aut esclavo teste scribatur.* Item exprimat non tantum nomen hæredis, sed & ejus dignitatem. Moribus tamen nostris illas solennitates non requiri, testis est *Zoef. loc. cit. num. 1. Glettle cap. 4. §. 1. num. §. loc. cit.*

## §. EJUS FIN.

Ultimò testari de Jure communi non potest captus ab hoste, captivi enim sunt servi hostium §. 3. *Inst. de Jure pers.* Dixi de Jure communi; secus de consuetudine, quæ inspectà, capti in bello servi capientium non amplius efficiuntur, sed libertatem retinent, tam diu tamen ab hostibus servantur, donec vel liberò solutò redimantur, seu permutatione liberentur. *Glettle tract. de testam. cap. 4. §. 5. n. 7. §. 8. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. e. n. 6. w. Dices 2.*

## TITULUS XIII.

## DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

## SUMMARIA.

- 1 Definitur Exhæredatio.
- 2 Debet fieri nominatim.
- 3 A tota hereditate.
- 4 Ab omni gradu, & ex iusta causa.
- 5 Enumerantur causæ, ob quas liberò.
- 6 Ob quas parentes.
- 7 Et ob quas fratres exhæredari possunt.
- 8 An ob causas graviores exhæredatio fieri possit?

- 9 Causa exhæredationis debet nominatim inseri testamento.
- 10 Et ab hærede probari.
- 11 Hodie omnes indistinctè liberi debent aut hæredes institui, aut nominatim exhæredari.
- 12 Etsi esset posthumus.
- 13 Posthumus alius est verè, alius quasi talis.
- 14 Adaptatus an debeat hæres institui?
- 15 Miles suos liberos non tenetur instituere.

**1** *Exheredatio nihil est aliud, quam aliena ultima voluntas, quo illa, quibus debetur legitima, à successione rapellitur.*

Hæc ut suis solemnitatibus instructa dicatur;

**2** Requiritur I. ut fiat nominatim, *test. in princ. l. 1. l. 3. ff. de inst. rupt. Et irrit. Et Zoes. ff. de lib. Et posthum. n. 4. Perez. ad Cod. de lib. prat. vel exhered.*

II. Ut fiat purè, non sub conditione *l. 3. §. 1. ff. cod. certò enim iudiciò liberi à successione parentum sunt removendi, l. 16. ff. de honor. poss. cont. tab. Zoes. loc. cit. n. 7. Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 11.*

**3** III. Requiritur, ut exheredatio fiat ab omni, & tota hereditate; non tantum à certa aliqua re, unde à certo aliquo tantum fundo exheredatus, non videtur exheredatus, *l. 16. ff. de lib. Et posth.*

*Dices, institutus in re certa, v. g. in fundo, censetur institutus in tota hereditate, l. 1. §. 4. l. 35. ff. de hered. inst. ergo etiam exheredatus in re certa, censetur exheredatus in tota hereditate.*

*R. conc. anteq. neg. conseq.* Institutio enim est favorabilis, idèò benigna interpretatione juvanda; exheredatio vero est odiosa, adèòque restringenda, juxta vulgatam regulam: odia restringi, favores convenit ampliari. *Perez. ad Cod. d. 1. n. 9. Manz. loc. cit. n. 15. Zoes. n. 7.*

**4** IV. Ut, si plures gradus heredum sint, ab omnibus gradibus exheredatio fiat, *l. 3. §. fin. ff. de lib. Et posthum. l. 41. §. 2. ff. de pupill. subst. Zoes. loc. cit. n. 6.* Unde exheredatio, ab uno gradu facta, non subsistit, v. g. testator ita scribit: Sempronius mihi hæres esto. & si hæres esse noluerit, in ejus locum Titium substituo; filium autem meum, tamquam hæreticum, inde exheredo.

En' filius ab uno duntaxat gradu, putà substitutionis, exheredatus est, & idcirco exheredatio non subsistit. *Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 31. Zoes. loc. cit. n. 5. Perez. Cod. de liberis prat. rit. n. 15. Clariss. D. D. Franz. Inst. l. 1. n. 9. ubi hæc de re plura enodat.*

V. Requiritur, ut exheredatio fiat ex iusta causa per *lex. in Nov. 115. cap. 3.* Iustæ autem causæ, ob quas liberi exheredari possunt, in *d. Nov. 115. cap. 3.* enumerantur quatuordecim, quas Poeta his versiculis concludit:

*En septem ex causis exheres filium esto.*

*Si patrem seras; vel maledicas ei.*

*Carcere detrusum si negligas; aut sitis, sum.*

*Criminus accuset, vel pares infestas.*

*Si dederis damnum grave; si nec ab hoste redemis,*

*Testisque vetes; se societque malis.*

*Si nimis sequitur; utique cubile paternum,*

*Non orthodoxus; Filio si meretrix.*

I. Itaque iusta causa exheredationis est, si quis parentibus suis impius manus intulerit, *d. cap. 3. §. 1. De die Kinder. ihre Eltern aus gesetzlichem Frevel schädigen oder tödliche Hand anlegen.* Quam grave enim sit manus inferre parentibus satis *Exod. cap. 21.* exprimitur his verbis: qui percusserit patrem suum, aut matrem, morte moriatur! Hoc autem

luniat, si filius patrem proditorem, patris occiderit, *l. minime 35. ff. de relig. Et sumpt. fin.* ubi non tantum puniuntur, sed præmiis afficiendus dicitur.

II. Causa est, si quis parentibus iniuriam intulerit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 2. De die Kinder ihren Eltern schwere, unerbare Injuri- und Frevel-Wort zusetzen,* v. g. si filius patrem in foro, vel in Ecclesia coram multis personis verborum contum-

melia affecterit, aut contra illum famulosum libellum scripserit, *Menoch. de arbit. jud. cas. 263.* Ubi fusè explicat, quæ dicatur injuria atrox.

III. Causa est, si quis parentes in oculis criminalibus accusaverit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 3. Wann sie &c. i. e. Sin parentes clam accusaverit suis penâ corporali vel capitali puniendi. Covarruv. ad c. Raymuntus 16 §. 1. 15.*

IV. Causa est, filius, vel filia eum maleficiis hominibus, ut maleficus verferetur, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 4. b. e.* eum in. qui incantationes, & artes magicam perniciosè exercent, *Harp §. fin. Inst. b. t. n. 26. §. n. 27. Wann sie sich &c. i. e. Sin malefici hominibus adhaerens corruptulane ac familiaris eorum n. s. g. videntur. N. Oe. Lan. Tafel. Lib. secund. tit. 23.*

V. Exheredationis causa est, si liberi vitæ parentum per venenum, vel aliâ modo insidiari tentaverint, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 5. So die Kinder &c. i. e. Si liberi vitæ parentum insidiari parenti veneno, aut aliâ ratione. Non enim potest (inquit Harp. num. 24. loc. cit.) major esse: in gratuito, quàm illius vitæ insidiari, à quo quis vitam accepit.*

VI. Causa, si filius novercæ suæ, aut concubinae patris sui, se immiscuerit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 6. Wann ein Sohn seine Stief- Mutter entehrt, und sich mit derselben vermischt. Muz. tra 3. de Testament. tit. 10. q. 6. num. 23. Covar. loc. cit. n. 18.*

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per suam delationem gravia dispendia eos fecerint sustinere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 7. Wann die Kinder ihre Eltern beyder Obrigkeit angaben, und dieselbe dadurch in großen Schäden und Nachtheil brächten.*

VIII. Si liberi masculi (ad quos solos anstringitur) pro parentibus, carocce

inclusis, requisiti soluerint sedebere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 8. Di die Kinder &c. i. o. Si liberi pro parentibus captivi volent fide, jure, nec eos è carcere dare, quam dare possent, sedebere liberare. Quod tamen de filiis duntaxat est intelligendum, cum filia si sedebere facultas non competat.*

IX. Exheredationis causa est, si liberi parentes suos testari prohibuerint, v. g. testibus adiutis intercuserint, vel solennia agere obstiterint, *&c. d. Nov. 115. cap. 3. §. 9.*

Sed quid si parentes, taliter impedii, testari, & filium exheredare non amplius potuerint? *Muz. loc. cit. num. 34.* existimat hereditatem filio auferendam, & filien applicandam esse, *arg. l. 1. §. 9. Et l. 2. ff. si quis aliq. test. prohib. ac, si quis obinet de Jure Austr. loc. cit. §. 9. So aber die Eltern. &c. i. e. Si vero parentes, non constato testamento, quod prohibuerint liberi, decesserint; exheredari liberi prohibent et non bonitas debent, ac bona ad proxi mores cognatos transferri.*

X. Filius, præter voluntatem parentum, sese militis, & arenarii sociaverit, & in ea præsente miserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 10. Et l. 11. Cod. de testament. Wann sich die Kinder zu verwegenen lecherlich und leichtfertigen Personen gesellen, und sich auf ihr Thun begeben.*

XI. Causa: si parentes filie volunt maritum dare, & dotem juxta substantiam suam præstare; filia autem non consensit, sed luxuriosam, & meretricariam vitam elegerit, *Nov. 115. cap. 3. §. 11. l. 12. Cod. de nupt. testam. Di die Eltern. &c. i. e. Cum parentes pro facultatibus suis dotem liberis constituturi velint, ac honestè nuptus consentire, Quibus tamen obtemperare liberi nolint, nec ideo nuptus nuptem vitæ rationem ineant, atque probro sese communicant. N. Oe. Lan. Tafel.*

*Limbo*



**Limitatio** : nisi filia jam compleverit 25 annum d. Nov. 115. cap. 3 §. 11. *Et auct.* sed si *Cod. de inoff. testam.* pater enim in culpa esse censetur, quod filiam prius nuptui non dederit. *Harp. §. fin. h. t. n. 41. Zoesf. ff. de lib. & posthum. n. 15. §. 16* ubi praefatam exheredandi causam ad filias duntaxat restringit, non etiam ad filios expendendam esse docet, eo quod major in feminis, quam masculis calitas desideretur.

**XII.** Est, si liberi parentes furiosos neglexerint, d. Nov. 115. cap. 4 §. 12. *h. e.* nullam curam patris furiosi gererint, praebendo alimen- : aut salutarem medicinam procurando. *Jus Aust. loc. cit. cum annotat.*

**XIII.** Causa est, si liberi parentes suos, ab hostibus capti, cum possunt, non rede nerint, *Nov. 115. cap. 3. §. 13. Wini de Eccl. &c. i. e. Si parentes ab hostib. u. capti, nec esse redimere vellent liberi sui oremes.* *Manz. loc. cit. n. 48.* ubi de jure com nuni hunc causam non alioe dicte procedere, quoniam si liberi 18 aetatis sunt annum compleverint. d. Nov. 115. cap. 3 §. 13. *Et auct. si captivi Cod. de Epif. op. & Cler.*

**XIV.** Exheredationis causa est, si liberi haeretici sunt. d. Nov. 114. cap. 3 §. 14. *Wini die Eltern Christen wären, die Kinder aber vom dem Christlichen Glauben abfielen.* *Manz. loc. cit. n. 59.*

Vidimus, ob quas causas liberi à parentibus ; sequitur de causis ob quas hi à liberis exheredari possunt. Enumerantur autem in d. Nov. 114. cap. 4. octo causae, propter quas parentes recte, & valide exheredantur.

**I.** Est, si parentes liberos suos ad interitum vitæ tradiderint. d. Nov. 115. cap. 4 §. 1.

**II.** Si parentes venenis, aut maleficiis, aut alio modo vitæ liberorum infir-

mas struxerint d. Nov. 115. cap. 4 §. 2.

**III.** Si pater nucei suae, aut concubinae filii seise immiscuerit d. Nov. 115. cap. 4 §. 3.

**IV.** Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testandi licentiam, puta caltrensiibus, vel quasi, testamentum concordare prohibuerint. d. Nov. 115. cap. 4 §. 4.

**V.** Si mater patri, vel pater matri venendi, aliove modo ad intentum vitæ, vel ad alienationem mentis insiliatus fuerit; tunc enim liberis concessum est patri insilianti nihil relinqueret. c. 4 §. 5.

**VI.** Causa est, si parentes liberos furto correptos, curare, & alere neglexerint, d. cap. 4 §. 6.

**VII.** Si liberos captivos non redemerint, d. c. 4 §. 7.

**VIII.** Et ultimas, si parentes haeretici sint; tunc enim à liberis catholicis exheredari possunt, d. cap. 4 §. 8. *Item Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 7. per tot. Harp. inst. §. fin. h. t. n. 51. Et seq. Schanz. inst. de inoff. testam. §. 1.*

De Jure Austriaco, etiam si parentes unam ex recensitis causis in liberos suos ademerint, exheredatione tamen opus non erit, cum aliunde ex constitutione Albertina parentes à liberorum successione in tuncum removeantur, ut neque legitima iis debeat. Quà de re non alibi, interea vide *Sutting. M. S. tit. Erbbschafft in auffsteigender Linie. Fursberg. lib. 2. obs. 119. per tot.*

Exheredationem fratrum quod attinet illa non, nisi, ob tres causas fieri potest.

**I.** Est, si frater mortem fratri per insidias intencaverit. **II.** Si criminalem accusationem contra eum instituerit. **III.** Si sustinere ipsius equum iuratum inferre studuerit. *Nov. 22 cap. 47. Manz. loc. cit. q. 8. Harp. n. 64.*

*Dixeris* primâ fronte quod non; quia, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, *l. 29. ff. de R. J.*

Verum decidit *Imperator*, quod tale testamentum per sequentem militiam confirmetur, & valet; modo tamen aliqua novæ voluntatis signa, & argumenta appareant, ex quibus colligi possit, quod miles vel illud Jure militari valeat, *text. hic. ff. l. 9. §. 1. ff. h. t.*

Opponens *l. 15. §. 2. ff. eod.* his verbis: *Testamentum, ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, Jure militari valet, si militum voluntas contraria non sit, ergo non videtur requiri, ut novæ voluntatis signa exhibeantur; sed sufficiat, quod nihil in contrarium disposuerit, & siluerit.* Tamen variæ cogitationes fecerint pro solutione hujus *l. 5. §. 2.* mihi tamen, breviter dicendum esse videtur, sensum legis talem esse: si militis voluntas contraria non sit, & si simul per declarationem novæ voluntatis constet, quod contraria non sit, ut tunc confirmetur testamentum, non vero, si penitus siluerit. *Schamb. hic. Harp. num. 2. Ludov. Inst. n. 1.*

#### §. DENIQUE. 5.

Tamen si testamentum paganorum per arrogationem irritum fiat, *§. 1. Inst. quib. mod. testam. infir.* deducitur enim ad statum, a quo inchoare non potest, aliud tamen obtinet in milite; licet enim iste patiatur minimam capitis diminutionem, seu per arrogationem, seu per emancipationem, testamentum tamen ejus non fit irritum. *text. hic. ff. l. 23. ff. h. t.*

#### §. SCIENDUM FIN.

*Duplices* in reipub. communione reperiuntur, milites *togatos* nimirum, & *sagatos*, in propatulo est. Ad *togatos* spectant

*Advocati, Medici, Professores, Pro-Consules, &c.* Non enim si soli militans Imperio, qui gladius utuntur & clypeis; sed patróni causarum quoque, qui gloriose vocis munimine consili, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt. Dum enim *Sagati spūs. togati* lityō; dum illi armamentō, hi atramentō; dum illi Marte, hi arte; dum illi legionibus, hi legibus pro republ. emolumento gloriose decerant. *l. 14. Cod. de Advocat. divers. jud.* Hinc etiam est, quod *togati* milites peculium quasi custrensē habere dicantur: occasione cujus

Q. h. c. *An de illo Jure militari testari possint?* *Imperator*, quod de illo testari possint Jure communi; non vero Jure militari. *text. hic.* Ratio videtur esse, quin in his cessat imperitia, & necessitas expeditionis. *Manz. num. 4.* Sed, Nunquid absurdum est, milites sagatos præferri togatis; & nequam nostro in casu id absurdum esse, cum ratio concessi sagatis privilegii, puta, Juris imperitia in togatis exiguam gloriam pareret. Ceterum quibus prærogativa debeatur, luculenter definiit *Poeta*, dum canit:

*Est toga Martis prior; calamus viri-  
bus armis,  
Qua non arma queant vincere, scripta  
quæunt.*

Item:

*Sunt duo, quæ faciunt, ut quis sit nobilis, ars, Mars.  
Major ab arte venit gloria; Mars  
minor.*

# QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM?

## SUMMARIA.

## AD V. STATIM.

- 1 *Filiusfam. non potest testari.*
- 2 *Etiam si patris consensum accedat.*
- 3 *Limitatur in peculio castrensi & quasi tali.*
- 4 *An de peculio adventitio extraordinario testetur?*
- 5 *Quid de Jure Austriaco?*
- 6 *Impuberes.*
- 7 *Fieri soli.*
- 8 *Prologi non testantur.*
- 9 *Quid de mutis. & surdis?*
- 10 *Item de captis ab hoste?*

**H**ACENUS de validitate testamenti ex capite causæ formidit; superest, ut de validitate ex parte causæ efficientis agamus, atque inquiramus de personis, quæ testari possunt. Ub. pro regula generali tenendum, testari posse omnes, qui speciali Jure non prohibentur. *Siebard. in Cod. b. t. n. 2. Mynsing. Inst. huc. Glettle trad. de testam. cap. 3. in princ.* Ratio hujus regulæ generalis est: quia testamenti factio est de genere permissorum, juxta vulgatum illud: *Uti quisque rei sua legasset: ita jus esto, l. 12. ff. de V. & permisorum autem hæc natura est, ut quod expressè non prohibetur, pro permissio habetur, c. 23. de sponsal. l. 1 ff. de testib. l. 43. ff. de procurat. Manz. c. n. 6. de testament. tit. 2 g. 1. n. 4. Vangerm. lib. 2. obs. 110. num. 9.*

Cùm nulla sit firma regula, quæ suas, non patiat exceptiones. *Ited Imperator* hic al quot ponit ad regulam limitationes, seu exceptiones.

Excipiuntur autem I. *filii*, qui alieno Jure, & potestate subiecti sunt, v. g. *servi, fuisque*, ita, ut etiam si filiusfam. esset centum annorum, amen. nec testari, nec codicillari possit, *l. 16. ff. qui testantur. fac poss. diciturque, l. indubitati Juri est, l. 3. §. 1. Cod. eod.* Ratio: quia ad testamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet filiusfam. *l. 4. ff. de R. J. ubi vel'e non creditur, qui obsequitur imp'rio patris. Harp. n. 2. Manz. trad. de testam. tit. 2. g. 1. n. n. 83.*

## AD V. AD EO QUIDEM.

Ista conclusio, quod filiusfam. testari nequeat, ita extenditur, ut ne qui sem patris permissu testari possit, *ext. huc.* ult. maenim voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, *l. 36. ff. de hered. l. 7. Perez. ad Cod. b. t. n. 7. Manz. num. 13 hic.*

*Decet* Filiusfam. consentiente patre, potest donare mortis causâ, *l. 15. §. 2. ff. de mort. caus. donat.* ergo, consentiente patre, etiam poterit testari. *22. cons. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quod ad testamenti factionem, utpote quæ est Juri publico, *l. 3. ff. qui testantur. fac poss.* requiratur, ut quis sit paterfam. Ad don. manuum verò, mortis causâ, utpote quæ

Ad II. *§. Nov. 117. cap. 1. §. 1.* procedere de actibus inter vivos, uti patet ex requisito perfectæ ætatis, quæ 25. annis compleri dicitur; ad testamenti autem factionem de Jure communi solummodo 14. anni desiderantur.

Ad III. *§. d. Nov. 22. cap. 26.* loqui de filio, sui Juris facto, vel per mortem patris (quemadmodum patet ex verbis: *præsumente genitore*) vel per emancipationem.

Ad IV. *dicis*: quod non defectus domini impediat testamenti factionem, sed patria potestas, quæ facit, quod filiusfam. non habeatur pro patrefam. nisi in peculio castrensi, vel quasi-tali. *Schamb. hic.*

5 De Jure Austriaco filiusfam. de peculio, pleno Jure possessio, recte testatur. *Fünferwald. lib. 2. obs. 13. num. 6. Walter de Jure consuetud. Austr. lib. 3. tit. 2.*

Idque vel maxime procedit, si filiusfam. uxoris, vel filiusfam. ad mariti domum deducta sit; ex consuetudine enim Germaniæ passim nuptiæ faciunt, ut quis pro patrefam. habeatur. *Manz. tract. de testam. tit. 2. q. 1. num. 164.*

#### AD VERS. EX HOC.

*Differentia peculii profectui & castrensi*, in eo potissimum censuit, quod illud propter res alienum patris creditoribus cedat; hoc non etiam: Illud consideri debeat; hoc non etiam, *text. hic.*

#### §. PATERNA.

6 II. Testari prohibentur impuberes, *text. hic.* Quia nullum eorum animi judicium est, *l. fin. Cod. de testam. milit.* Itaque masculus 14. femina 12. annos habeat, necesse est, ut de Jure communi testari valeant. *l. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Nec attenditur, malitia ætatis ad instituta.

tem suppleat, nec ne? quoniam præ ætate de forma requiritur, quæ per equipollens non adimpletur. *Manz. loc. cit. n. 12. Schamb. hic. Fünferw. lib. 2. obs. 112. num. 2.*

De Jure Austriaco res aliter se habet, teste *Walter de Jure consuet. lib. 3. tit. 2. §. Als erblieben*: &c. i. e. ut 14. Quis legitimam ætatem non attigerint, testari nequeunt. Majores, Testamenti conficienda facultatem quantum admet, anno decimo octavo, moribus regibus, consentiunt. Adeoque juvenis sive mas sive femina, qui annum vite sue octavum supra decem plenè sunt adepti, liberam bonæ sue administrationis, deque eis testandi facultatem habens.

Suttinger in *M. S. tit. 7. §. Weber. Testament.* testatur testamentum alicujus Virginis, 17. ætatis anno conditum, pro valido judicatum esse; sed addit, illam Virginem jam desponsatam fuisse, adeoque quasi pro conjugata reputatam esse. Vide *Fünferwald. loc. cit. num. 13.*

III. Testari nequeunt Furiosi, qui mente carent; testamentum tamen, ante furorem factum, per subsequentem furorem non infirmatur, tum quia furor est facti, adeoque non tollit ea, quæ sunt Juris; tum, ne afflictio addatur afflictio. *Harp. n. 12. Schneid. n. 3.*

#### §. ITEM PRODIGUS.

VI. Testari prohibetur Prodigus, sive ille, cui adempta est administratio bonorum. *text. hic. §. l. 1. §. 2. ff. de curat. furios.* Illud tamen testamentum, quod prodigus fecit ante ademptam bonorum administrationem, ratum, & firmum manet, etiamsi postea prodigus declaretur. *text. hic. Manz. loc. cit. num. 84.*

Q. hic. an mutus, & surdus testari possit? & distinguendum esse, an quis mutus, & surdus sit a natura, an ex accidenti? Si prius, testari non potest, l. 10 §. Sancimus. Cod. qui testam. facer. poss. parvus enim à fatuis, aut brutis abest, qui a cunis surdus, & mutus est: nam qui nō à beatus secernimur, qui stolidus admodum, & crudus sit, oportet, si fores habeat praelusas, per quas scientie intrare consueverunt. *Glettle loc. cit. cap. 4 §. 1. n. 2. Perez. Cod. d. l. n. 3. Mauz. loc. cit. n. 289.* Si mutus, & surdus sit ex accidenti, testari tum demum poterit, si litteras calleat, h. e. scribere possit. *Mynsing Inst. hic. n. 2. Zoef. ff. qui testam. facer. poss. num. 4.*

Si denique altero vtro tantum laboret, h. e. mutus tantum aut surdus sit, testari poterit, si voce aut scripto mentem declarare queat, d. l. 10. §. *sin autem* *Glettle loc. cit. num. 3. Mauz. n. 303. Zoef. d. num. 5.*

Cecus quin testari possit, dubium nullum est, dummodò adhibeat solemnitates, in l. 8. *Cod. h. t. expressas*, h. e. declarat voluntatem coram 7. testibus & illa à tabellione, aut octavo teste scribatur. Item exprimat non tantum nomen hæredis, sed & ejus dignitatem. Moribus tamen nostris illas solemnitates non requiri, testis est *Zoef. loc. cit. num. 1. Glettle cap. 4 §. 1. num. 5. loc. cit.*

## §. EJUS FIN.

Ultimo testari de Jure communi non potest capvus ab hoste, captivi enim sunt servi hostium §. 3. *Inst. de Jure pers.*

*Dixi de Jure communi*; secus de consuetudine, quā inspectā, capti in bello servi capientium non amplius efficiuntur, sed libertatem retinent; tam diutamen ab hostibus servantur, donec vel licet soluti redimantur, seu permutatione liberentur. *Glettle tract. de testam. cap. 4 §. 5. n. 7. & 8. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 6. m. Dicit 2.*

## TITULUS XIII

## DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

## SUMMARIA

- 1 Desinitur Exhæredatio.
- 2 Debet fieri nominatum.
- 3 A tota hereditate.
- 4 Ab omni gradu, & ex justa causa.
- 5 Enumerantur cause, ob quas liberi.
- 6 Ob quas parenter.
- 7 Et ob quas fratres exhæredari possunt.
- 8 An ob causas graviores exhæredatio fieri possit?
- 9 Causa exhæredationis debet nominatim inferri testamento.
- 10 Et ob herede probari.
- 11 Hodie omnes indistincto liberi debent aut heredes institui, aut nominatim exhæredari.
- 12 Esi esset posthumus.
- 13 Posthumus alius est verè, alius quasi talis.
- 14 Adaptatus an debeat heres institui?
- 15 Miles suus, liberos non tenetur institui.

3 Exhæred.

**E**xhereditatio nihil est aliud, quam  
actus iustitiae voluntatis, quo illi,  
quibus debetur legitima, à successione ra-  
pelluntur.

Hæc ut suis solennitatibus instructa  
dicatur.

2 Requiritur I. ut fiat nominatim, text. in princ. h. t. l. 3. ff. de inq. i. rupt. Et in-  
vis. Et Zocf ff. de lib. Et pythium n. 4.  
Perez. ad Cod. de lib. prae vel exhered.

II. Ut fiat purè, non sub conditione  
l. 3. §. 1. ff. eod. certò enim judicìo liberi  
à fucceffione parentum sunt removendi,  
l. 16. ff. de bonor. p. ff. cont. tab. Zuef.  
loc. cit. n. 7. Manz. traç. de testam. tit. 10.  
c. 1. n. II.

III. Requiritur, ut exhereditatio fiat ab omni, & tota hereditate; non tantum à certa aliqua re, unde à certo aliquo tantum fundo exhereditatus, non videtur exhereditatus, l. 16. ff. de lib. f. possib.

*Dices*, institutus in re certa, v. g. in fundo, censetur institutus in tota hereditate, l. 1. §. 4. l. 3 §. ff. de hered. Infl. ergo etiam exheredatus in re certa, censetur exheredatus in tota hereditate. R. conc. antec. neg. consq. Institutio enim est favorabilis, ideo benigna interpretatione juvanda; exheredatio vero est odiosa, aditque restringenda juxta vulgatam regulam: odia restringi, favores convenit ampliari. Perez. ad Cod. d. t. n. 9. Manz. loc. cit. n. 1 §. Zopf. n. 7.

IV. Ut, si plures gradus hæredum  
sint, ab omnibus gradibus exhæredatio  
fiat, l. 3. § fin ff. de iib. Et postum l.  
41. § 2. ff. de pupill. substit. Zosif. loc. cit. n.  
6. Unde exhærelatio, ab uno gradu  
facta, non subsistit, v. g. testator ita  
scribit: Sempronius mihi hæres esto, &  
si hæres esse noluerit, in ejus locum  
Titium substituo; si tum autem meum,  
enimquam hæreticum, inde exhæredo.

En<sup>o</sup> filius ab uno duntaxat gradu, puta substitutionis, exheredatus est, & idcirco exhereditatio non subsistit. *Manz. tract. de testam. tit. 10 q. 1. n. 31. Zuef. loc. cit. n. 5. Perez. Cod. de liberis pater- nat. n. 15. Cusipij. D. D. Franca. l. 17 j. 6. n. 9. ubi hac de re plura enodat.*

V. Requiritur, ut exheredatio fiat §  
ex iusta causa per sex. in Nov. 115.  
cap. 3. Iustae autem causae, ob quas  
liberi exheredari possunt, in d. Nov.  
§ 15 cap. 3. enumerantur quatuordecim,  
quas Porta his versibus concludit:

*Bi septem ex cunctis exhaeret filius esto.*

*Si patrem feriat; vel maledicatur ei.*

*Carcere detrusus si negligat, aut furio, sum.  
Criminus accuset, vel paret insuliat.*

*Si dederis auxilium grave ; si nec ab hoste  
redentis .*

*Te harique vetes ; se societque mahis.*

*Si manus sequitur ; utique cubile pater-*  
*num,*

*Non oribodexius, Filia s. matris.*

1. Itaque iusta causa exheredationis est, si quis parentibus suis impias manus intulerit, d. cop. 3. §. 1. *Da die Kinder ihre Eltern aus fürsetzlichem Frevol jchlagen oder tödtliche Hand anlegten.* Quam grave enim sit manus inferre parentibus, satis Exodi cop. 21. exprimitur his verbis: qui percussit patrem suum, aut matrem, morte notetur! Hoc autem

*Limositor*, si filius patrem proditorem, patris occiderit, *L. iniustus* 35. ff. de re-  
lig. & sumpt. fuit. ubi non tantum pu-  
nitur, sed praeiudicium afficiendus dicitur.

II. Causa est, si quis parentibus suis gravem, & inhonesticam injuriam ingesserit, d. Nov. 115. cap. 3. §. 2. Da die Kinder ihren Eltern schwere, unehrliche Injuri- und Frevel-Worte zufügen, v. g. §. filius patrem in foro, vel in Ecclesia coram multis personis verborum contumelia

melia affecerit, aut contra illum famulum libellum scripserit, *Menoch. de arbit. jud. c. 263.* Ubi fuisse explicat, quae dicatur injuria stroz.

III. Causa est, si quis parentes in oculis criminalibus accusaverit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 3. Wann sie &c. i. e. Sin parentes elum accusaverit sihi pona corporali vel capitali puniendi.* Covarruv. ad c. Raymutus 16 §. 1. 15.

IV. Causa est, filius, vel filia eum maleficus hominibus, ut maleficus verfecit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 4. b. e.* eum iis, qui incantationes, & artem magicam perniciosè exercent. *Harp. §. fin. Inq. b. t. n. 26. §. n. 27. Wann sie sich &c. i. e. Sin malefici hominibus adhaerant consuetudine ac familiariter eorum uti gaudent.* *N. O. Lan-Tafel Lib. secundus tit. 23.*

V. Exheredationis causa est, si liberi vitæ parentum per venenum, vel aliomodo insidiam tentaverint. *d. Nov. 115. cap. 3. §. 5. So die Kinder &c. i. e. Si liberi vitæ parentum insidiam parenti veneno, aut alia ratione.* Non enim potest (inquit *Harp. num. 24. loc. cit.*) major esse in gratitudo, quam illius vitæ insidiari, à quo quis vitam accepit.

VI. Causa, si filius novercæ suæ, aut concubinae patris sui, se immiscuerit. *d. Nov. 115. cap. 3. §. 6. Wann ein Sohn seine Stief-Mutter entehret, und sich mit derselben vermischet.* *Mina. tra 3. de Testament. tit. 10. q. 6. num. 23. Covarr. loc. cit. n. 18.*

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per suam delationem gravia dispendia eos fecerint sustinere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 7. Wann die Kinder ihre Eltern beyder Obrihten angaben, und dieselbe dadurch in groffen Schaden und Nachtheil brachten.*

VIII. Si liberi masculi (ad quos solus restringitur) pro parentibus, carceres

inclusis, requiriti noluerint sedebere, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 8. Di die Kinder &c. i. o. Si liberi pro parentibus captivi nolent fidei juberet, nec eos t. carcere data, quam dare possent, fideiussione liberare.* Quod tamen de piis duntaxat est intelligendum, causæ filii sedebendi facultas non competat.

IX. Exheredationis causa est, si liberi parentes suos testari prohibuerint, v. g. testibus adiutis intercūsorint, vel solennia agere obfiterint, &c. *d. Nov. 115. cap. 3. §. 9.*

Sed quis si parentes, taliter impediti, testari, & filium exheredare non amplius potuerint? *Mina. loc. cit. num. 34.* existimat hære sitatem filio auferendam, & filio apostandam esse, *arg. l. 1. §. 9. §. 1. 2. ff. si quis aliq. test. prob. at, si quis obinet de Jure Austr. loc. cit. §. 9. So aber die Eltern, &c. i. e. Si vero parentes, non consensu testamento, quod prohibuerint liberi, decesserint; exheredari liberi prohibent et non bonorum transferri, ac bona ad proci natos cognatos transferri.*

X. Filius, præter voluntatem parentum, sese munus, & arenariis sociaverit, & in ea pr. se si nec misserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 10. §. 1. 11. Cod. inoff. testament. Wann sich die Kinder zu verwegenen liederlich und leichtfertigen Personen gesellen, und sich auf ihr Thun begeben.*

XI. Causa: si parentes filie volunt maritum dare, & dotem juxta substantiam suæ præstare; filia autem non consenserit, sed luxuriosam, & meretriciarum vitam elegerit. *Nov. 115. cap. 3. §. 11. l. 1. 2. Cod. de inoff. testam. Di die Eltern, &c. i. e. Cuius parentes pro facultatibus suis dotem liberis constituturi velint, ac honestis nuptiis consentire, quibus tamen obtemperare liberi volint, nec sed nimis corruptam vitam rationem ineant, atque probro sese commiscuant.* *N. O. Lan-Tafel.*

*Linica.*

*Limitatur* : nisi filii jam compleverint 25 annum d. Nov. 115. cap. 3. §. 11. *Et auct.* sed si *Cod. de inoff. testam.* pater enim in culpa esse censetur, quod filiam prout nuptui non dederit. *Harp. §. fin. h. e. n. 41. Zoef. ff. de lib. Et posthum. n. 15 Et 16.* ubi præstatam exheredandi causam ad filias duntaxat restringit, non etiam ad filios extendendam esse docet, eo quod major in feminis, quam masculis cautitas desideretur.

XII. Est, si liberi parentes furiosos neglexerint, d. Nov. 115. cap. 4. §. 12. h. e. nullam curam patris furiosi gererint, præbendo alimentis : aut salutarem medicinam procurando. *Jus Aust. loc. cit. zum amstiffen.*

XIII. Causa est, si liberi parentes suos, ab hostibus captos, cum possunt, non rede nerint, *Nov. 115. cap. 3. §. 13. Item de Etym. &c. i. e. Si parentes ab hostibus capti, nec eos redimere vellent liberi exheredant.* *Menz. loc. cit. n. 48.* ubi de jure communis hinc causam non aliter dicit procedere, quam si liberi 18 ætatis sue annum compleverint. d. Nov. 115. cap. 3. §. 13. *Et auct. si captivi Cod. de Episcop. Et Cler.*

XIV. Exheredationis causa est, si liberi hæretici sunt. d. Nov. 114. cap. 3. §. 14. *Winn die Eltern Christen wären, die Kinder aber vom dem Christlichen Glauben abfielen.* *Menz. loc. cit. n. 59.*

Vidimus, ob quas causas liberi à parentibus sequitur de causis ob quas hi à liberis exheredari possunt. Enumerantur autem in d. Nov. 114. cap. 4. octo causæ, propter quas parentes recte, & validè exheredantur.

I. Est, si parentes liberos suos ad interitum vitæ traderint. d. Nov. 115. cap. 4. §. 1.

II. Si parentes venenis, aut molestis, aut alio modo vitæ liberorum insi-

das struxerint. d. Nov. 115. cap. 4. §. 2.

III. Si pater natus suus, aut concubinae filii seque immiscuerit. d. Nov. 115. cap. 4. §. 3.

IV. Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testam. h. licentiam, puta castrensibus, vel quasi, testamentum concedere prohibuerint. d. Nov. 115. cap. 4. §. 4.

V. Si mater patri, vel pater matri venens, aliove modo ad interitum vitæ, vel ad alienationem mentis insidiatus fuerit; tunc enim liberis concessum est patri insidians nihil relinquere. c. 4. §. 5.

VI. Causa est, si parentes liberos furere correptos, curare, & alere neglexerint. d. cap. 4. §. 6.

VII. Si liberos captivos non redemerint. d. c. 4. §. 7.

VIII. *Ex ultimas*, si parentes hæretici sint; tunc enim à liberis catholicis exheredari possunt. d. cap. 4. §. 8. *Item Manz. tract. de testament. tit. 10. q. 7. per tot. Harp. inst. §. fin. h. e. n. 51. Et seq. Schaub. Inst. de inoff. testament. §. 1.*

De jure Austriaco, etiam si parentes unum ex recensitis causis in liberos suos admittant, exheredatione tamen opus non erit, eadem alendo ex constitutione Albertina parentes à liberorum successione in tantum removeantur, ut neque legitima his debeat. Quod de re non alibi, interea vide *Sutting. M. S. lit. Erbschneiff in auffsteigender Linie. Fursberg. lib. 2. obs. 119. per tot.*

Exheredationem fratrum quod attinet illa non, nisi, ob tres causas fieri potest.

I. Est, si frater mortem fratri per insidias intenterit. II. Si criminalem accusationem contra eum intulerit. III. Si substantiæ ipsius majoris partem inferre studuerit. *Nov. 23. cap. 47. Manz. loc. cit. q. 8. Harp. n. 64.*



2 Q. I. An exhereditatio ob causas aequales graves vel graviores us, quae hactenus recensita sunt, fieri possit?

Affirmativa subscrībunt *F. b. lib. 1. cont. 78. Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 9. Cov. in c. Reynusius. 16. de testam. Gail. lib. 2. obs. 94. n. 17. Myning. cent. 6. obs. 31. Sutterg. in Ad. S. lat. T. v. Töchter.*

Ratio hujus Sententiae L. est: quia ubi eadem est ratio, ibi eadem debet esse Juris dispositio, & ubi par aut major delicti qualitas, ibi eadem poena est imponenda, ne paria, aut majora delicta maneant vel potius impunita, vel minus punita.

Ratio II. Quia ob paritatem rationis ad similes casus rectè sit extensio, l. 12. ff. de LL. ubi dicitur, non posse omnes articulos legibus, aut SCia comprehendere, & illum, qui Jurisdictioni praestit, ad similia procedere, atque ita Jus dicere debere.

Ratio III. Quia, licet sint certae causae, ob quas amittitur feudum, non tamen eas propter excluduntur causas graviores, aut aequales graves, quin etiam faciant feudum amitti *text. l. 2. feud. tit. 24. §. porro §. sed quia.* ergo idem in nostro casu dicendum.

Vetum negantium dogma magis arri-det; cui quoque calculum praebent *Zoef. ff. de lib. & posthum. hered. Inst. Harp. §. fin. Inst. de exhered. liber. n. 65. Hunn. var. resolut. lib. 2. tract. 5. quest. 19. Barbov. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. ib. §. lit. C.* Facit I. pro hac sententia *dissert. text. in Nov. 115. cap. 3.* his verbis: *ut prae-ter ipsa nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere.*

Facit II. Validissima Ratio; quia nimium poenalia, & odiosa restringenda, nec ob paritatem rationis extendenda *unt. c. 49 de R. J. in 6.*

Ad rationem I. R. illam procedere, nisi finis in poenalis aut odiosis. Nec tamen idcirco sequitur, majora delicta manere impunita, quia publica poena coercentur. Fac proinde, quod filius committat crimen lesa Majestatis, sacrilegii, adulteri, aut incestus, forte quia non tantum cum noverca, sed cum propria matre commiscetur; propter has tamen crimina à patre non poterit poena exheredationis affici, cum de his publica poena sumatur, eo quod sint delicta publica, quae publicam læsionem, non privata, quae privatam patris læsionem spectant.

Ad II. rationem, ex jam dictis patet solutio, enimverò d. l. 12. non procedit in poenalibus.

Ad III. dico, Jure feudali expressè sancitum esse, ob causas, aequales graves vel graviores amitti feudum, secus Jure nostro communi, utpote de quo potius contrarium deciderit per verba: *prae-ter istas*, quae taxativa sunt.

Nec dicat, à paritate Juris feudalis argumentum procedere ad Jus commune, id enim nullà ratione procedit, & argumentum à Jure feudali ad Jus commune legitimum non ducitur.

Ex hactenus dictis satis constat, ad exheredationis valorem requiri justam, i. e. unam ex recensitis causam. Imò non sufficit, quod pater justam exheredandi filii causam habeat, sed ut valeat exhereditatio.

VI. Requiritur, ut in testamento exheredationis causa nominatim insinuetur, & specialiter exprimat *d. Nov. 115. cap. 3 in princip. & cap. 4. Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 10.*

VII. Ut causa exheredationis, si negata fuerit, ab hærede instituto probetur, *d. Nov. 115. cap. 3.* ibi: *nisi forte probabuntur ingrat. Perez. ad Cod. de lib. prae-*

*præteritis. Gomez. loc. cit. Manz. tract. de testament. §. 10. q. n. 29.*

VIII. & ultimo requiritur, ut exheredatio non in codicillo, sed in testamento fiat. *Harp. §. fin. last. l. s. n. 9.* In codicillis enim neque dari neque adimi potest hæreditas §. 2. *last. de Codicil.*

#### AD PRINCIP.

Multas solennitates, ad testamentum requisitas, hucusque enumeravimus, *hic* adhuc alia, & fere præcipua suprema leditur, nimirum ista: ut pater filium, quem in potestate habet, vel expressè hæredem instituat, vel nominatim exheredet; alioquin, si eum silentiò præterierit, inusulter testabitur, *text. hic.* Ratio, quia filius, vivò adhuc patre jam dicitur quasi dominus rerum patris, ita, ut post mortem patris, illud dominium non dicatur transferri, sed in filium conveniari, *L. 11. ff. de lib. & post.* quod ipsum dominium a patre vel debet confirmari per institutionem, vel filio adimi per exheredationem, ne aliàs duo, puta, hæres institutus, & filius post mortem patris ejusdem rei domini concurrant in solidum, contra *L. 9. §. 19. ff. commodati. Manz. m. 2. Schumbr. hic.*

#### AD VERS. ADEO.

Q. hic quid si filius præteritus, vivò adhuc patre, moriatur, consuelescatne testamentum? Videri possit quòd s. : quia cessat causa, quæ testamentum invalidat. Verum negativè decidit Imperator, atque, quòd nemo hæres ex eo testamento existere possit. Ratio: quis quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, *L. 29. §. 1210 ff. de R. J. Schumbr. n. 3.*

#### AD VERS. SED NON ITA.

Erant olim duæ differentie inter filium, & filiam, nepotes, & neptes, &c.

I. Erat, quòd filio præterito, testamentum fuerit nullum, & ipsò jure conciderit; contrà verò, si ia, nepote, vel nepte ex filio ceterisque descenditibus præteritis, testamentum vakebat. *text. hic.* Ne autem filix & reliqui descendentes per virilem sexum penitus nihil consequerentur, statuit Imperator, ut haberent Jus accrescendi ad certam portionem, h. e. ut potuerint, separatim hæredibus, certam portionem auferre. Quæ autem fuerit illa portio, *textus* non memorat, DD. tamen sequuntur opinionem *Ulpiani*, atque statuunt, ut, si extranei sint instituti, præteriti offerant semissem; si vero liberi, & sui hæredes sint instituti æqualiter cum iis præteritis succederept.

II. Differentia erat, quòd filius nominatim institutus, filia autem, nepotes & pronepotes inter ceteros exheredari potuerint, v. g. filius meus hæres esto, ceteri exheredes sunt! *Manz. m. 9.*

Verum hodie ex constitutione Justiniani eodem Jure gaudent filix, ceterique liberi, quo filii; adeoque omnes liberi indistinctè aut hæredes institui, aut nominatim exheredari debent. *d. l. ult. Cod. de lib. præst.*

Quod adeò procedit ut testamentum, in quo liberi nec instituti, nec nominati exheredati inveniuntur, ipso Jure corrumpat, *L. 30. ff. eod. Manz. tract. de testim. tit. 2. num. 10.*

#### §. POSTHUMI I.

Posthumus ille dicitur, qui post mortem parentis nascitur, adeoque, qui tempore mortis paternæ in utero matris est. Hinc etymologia posthumi, quasi post humatum patrem deducitur, *L. 3.*

§. 1 ff. de inst. rapt. & test. sac. testam. ment.

Trahitur tamen hoc nomen etiam ad eum, qui vivo patre, post testamentum factum nascitur, d. §. 1. vel arrogatur, l. filius 28 §. 1 ff. b. s. Schamb. hic.

Talis itaque posthumus aut hæres institui, aut nominatum debet exheredari, l. 3. de inst. rapt. & §. 1. luc. nulla facta differentia inter sexum masculinum, & femininum: par enim omnium conditio est, Text. hic. Et, qui in utero sunt, Jure civili habentur pro jam natis, quod de commodum eorum agitur, l. 7. & 16 ff. de stat. hom. Harp. luc. n. 3.

Illud tamen nota, quod præteritione posthumia præteritione jam nati in hoc differat, quod testamentum, in quo jam natus præteritus est, ipso Jure nullum fit; contra verò testamentum, in quo posthumus præteritus est, ab initio valet, & demum agnatione ipsius rumpatur. Ratio: quis is, qui in utero est, antequam nascitur, suus propriè hæres non est; nam contingere potest, ut mater abortum faciat, text. hic. Manz. trad. de Testament. tit. 8. n. 136.

#### AD VERB. SED FEMININI.

Olim posthumos, & posthumas exheredari potuisse, dubium non est per §. nostrum. Hæc tamen non fuit differentia, ut feminini sexus personæ, filie scilicet, & nepres posthumæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari potuerint, v.g. ex liberos meis Cornelium mihi hæres esto, ceteri exheredes sunt! Ita tamen, ut si poter inter ceteros filias exheredare, debuerit aliquid legati nomine ipis relinquere. Ratio est in textu, ne viderentur præteritæ fuisse per obligationem.

#### AD VERB. MASCULOS.

Masculi filii posthumi non aliter potuerunt, quam nominatum exheredari, hoc scilicet modo, quicumque mihi filium gentem fuerit, exheres esto, text. luc.

Verum hæc hodie inutilia sunt: nam posthumi, posthumæve hodie neque præteriri licet, neque exheredare, sed hæredes instituuntur, necesse est. Ratio, quia nulla exhereditatio sine appositione, & probatione causæ ingratitudinis procedit, Nov. 115. cap. 3. atqui posthumus nullam potest committere ingratitudinis causam; ergo quod si defuncto posthumus fuerit exheredatus, ad similitudinem jam nati per querelam inefficaci testamentum debet evocari; non autem habet Jus dicendi nullum, Schamb. luc. q. 3. Zoff. ff. de lib. & posthum.

Multum autem interest, an posthumus Jus dicendi nullum habeat, an verò per querelam testamentum evocari? nam illi non nisi 30. annis; hæc autem 5. annis præscribitur. II. Per Jus dicendi nullum totum testamentum evocatur; per querelam vero non nisi quoad institutionem: legata enim, & fideicommissa firma manent. Auth. ex causa. Cod. de lib. præt.

#### §. POSTHUMORUM. 2.

Posthumi alii sunt verè & propriè tales. II. Alii unus propriè. Verè & propriè posthumi sunt, qui post humum patrem nascuntur; de quibus supra.

Impropriè, sive quasi posthumi dicuntur illi, qui in sui hæredis locum succedunt; sive, ( ut clarius loquar ) qui ante testamentum factum natus quidem est, non suus, sed post testamentum incipit esse suus hæres: talis est v.g. nepos, cum si filius, vivo patre moritur, aut alia ratione exit de potestate patris, tunc incipit

incipit nepos primum gradum obtinere, ac succedit in locum filii, *Manz. n. 5.*

Q. Ergo an quasi posthumus hæres institutus, vel nominatus exheredari debeat, si ent ipse filius? *Id. l. indubitati Jur. s. esse, quomodo filius vivit, & in potestate patris testantis manet, tandem nepotes nec sui hæredes institui nec exheredari debere, qui non sunt sui hæredes; pater enim iplos præcedit, sui autem ut dicuntur, qui primum in potestate gradum obtinere. Manz. n. 1. §. l. si filius vivente a hac testatore, moritur; aut qualibet alia ratione per emancipationem vel patriam dignitatem; &c. de p. testate patria exeat, nepotes vel neptes in ipsius locum ita succedunt, ut ex constitutione legis sint. Velle ita debeant, vel hæredes institui vel nominati exheredari, de qua ut et supra in Digestis.*

### §. EMANCIPATOS. 3.

Filius emancipatus olim de Jure civili ad vaorem, & substantiam rei amenti hæredes instituere, vel exheredari necesse non erat. Ratio, quia non alii plures sunt sui hæredes: ut enim quis suus hæres dicatur, debet habere duas qualitates, scilicet, ut sit in potestate testatoris, deinde ut per nam gradum liberorum obtineat. §. *siu n. fr. de hered. quis. Et diff. Manz. hic, num. 2.*

Utrum de Jure prætorio aliter obtinebat, utrum emancipati de hoc Jure vel institui vel exheredari debuissent, manifestum quidem nominatum, h. e. debuit nomen ipsius appellari. Ecce enim verò inter ceteros v. g. hoc modo: Titius, filius meus hæres esto; filia vero omnes exheredes sunt. Ratio prætoris fundata est in naturali æquitate, sanguinem, non verò substantiam Juris (suntatem scilicet) considerante. *Schamb. hic. Quod si defuncti emancipati, neque hæredes insti-*

tuti fuerint, neque modò prædicti exheredati, prætor dedit ipsis bonorum possessionem contra tabulas, quæ subvertant, & rescindat testamentum, *l. 1. §. Et si 6. ff. de b. n. p. ff. cont. tabul.* Ratio autem, cur opus fuerit bonorum possessione contra tabulas, & non potuerit ut ad instar suorum hæredum testamentum nullum dicere, est hæc: quia enim scriptus non est ex lege hæres, licet ergo non instituitur, Jure civili tamen testamentum valet. Nec Prætor potuit facere, ut testamentum nullum sit, quia Prætor tantum dicitur cullos Juris civilis, & non potest directò tollere ea, quæ sunt Juris civilis. Proinde, cum tale testamentum de Jure civili fuerit validum, rescissione opus erat, quæ per bonorum possessionem contra tabulas fiebat.

*Dicitur præterea refert, si quis Jus dicendi nullum testamentum, siue bonorum possessionem contra tabulas habeat; quia utroque remediò denuò consequitur hærentiam, & mutuum intereße, utrum testamentum sit nullum an rumpatur per agnitionem, vel rescindatur per bonorum possessionem, vel querelam inofficiosi. Enimverò, si nullum est, patet, decedit omninò intestatus atque hære litas ad legitimos hæredes pertinet, & Jus dicendi testamentum nullum per 30. annos durat. *Harp. §. 3. hic. n. 9.* Si rumpendum sit testamentum, fieri potest, ut posthumus non nascatur. Si verò per querelam evertendum, quinquennid illa instituitur, necesse est; ultra id enim tempus non extenditur, *l. si tamen ff. de inoff. testam.**

Si denique per bonorum possessionem contra tabulas evertatur testamentum, illi unò annò expirat, *l. 1. 12. ff. de success. edict. Harp. loc. cit. Manz. hic. n. 14.*

*Acced. ad Lysitrua.*

## §. ADOPTIVI. 4.

Quæ in hoc §. continentur, per *subsequentes* §. correctæ sunt, & immutata; proinde saltim facimus ad

## §. SED HÆC QUIDEM. 5.

Hactenus vidimus, multas *etiam* quoad institutionem & exheredationem inter liberos fuisse differentias. Justinianus vero in hoc §. declarat novum Jus, & ostendit, hodie omnium liberorum, tam masculorum, quàm foeminarum, tam filiorum, quàm nepotum ex filio, tam natorum, quàm posthumorum, tam emancipatorum, quàm in potestate existentium eandem conditionem esse, ut neminem omnes eodem modò vel hæredes instituamus vel exheredemus; puta *nominatim*, non verò *inter ceteros*: Ita *text.* *hic* & *l. maximus visum. 4. Cod. de lib. præt. vel exhered.*

## AD 2. CIRCA ADOPTIVOS.

14. Diximus ad §. 4. circa adoptivos omnia in eo §. enumerata, mutationem recepisse. Jam *hic* declaratur, in quo consistat hæc mutatio, & ejus certam mentionem Imperator non facit, & aliò nos refert, videlicet ad, *l. pen. de adopt.* ubi circa adoptivos adhibetur temperamentum *d. junctiois*, nimirum, utrum ab extraneo adoptatus aliquis sit, an ab uno ex Ascendentibus, v. g. avò, vel proavo materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo, vel proavo paterno. Si aliquis adoptatus sit ab extraneo, tunc, cum in adoptantis potestatem non transeat, & omnia Jura naturalia retineat, pater naturalis tenetur sibi, ab extraneo adoptatum, hæredem instituere, vel expresse, vel nominatim exheredare, ita ut præteritus Jure dicendi testamen-

tum nullum, vel injustè exheredatus querelam inofficiosi testamenti haberet. Ratio quia manet in potestate patris naturalis, & suus hæres, neque transit in adoptantis Jus & potestatem (ut diximus *supra* *inst. de adopt. §. 2.* ergo quoad patrem naturalem, perinde fore haberetur, atque si non fuisset adoptatus. Ratio ulterior reditur ab ipso *Imperatore* in §. 14. *de hered. qua ab intest. defer.* & in *d. l. pen. Cod. de adopt.* quia, nisi à patre naturali institui deberet, facile fieri posset, ut adoptatus ab extraneo usufructu, c. adoptantis naturalis successione privaretur. Et quidem patris naturalis, ex voluntate ejus si ipsam præteriret, adoptantis vero, si post patris naturalis obitum pater adoptivus eum emanciparet; quo in casu ab adoptante amplius institui non debuit, cum per emancipationem ejus Jam hoc eximitur. *Novæ. tract. de testam. tit. 8. q. 2. n. 173.*

Ex *d. l. 3.* ergo sequitur, quòd adoptatus ab extraneo, hæres ab adoptante institui non debeat; sed, quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit. *l. 10. §. Cod. h. 2.* Ratio; quia non transit in potestatem adoptantis. §. *Inst. de adopt.*

*Det.* Ad quid ergo prodest adoptatio? R. si maneat in tali adoptione, nulli interveniente emancipatione, ad hoc ei prodesse, ut, si intestatus, pater extraneus adoptivus decesserit, illi ab intestato succedat. *Matr. n. 22. Inst. h. c.*

Si quis verò ab Avo materno, vel alius Ascendentibus adoptatus fuerit, tunc ab adoptante debet vel hæres institui, vel nominatim exheredari, ita, ut Pater naturalis eum licet, & valide præterire possit. *d. l. 10. §. si vero Cod. eod.* Ratio ibi adducitur, quia in hoc casu is solus Pater intelligitur, quem lex fecit, & natura non dereliquit; concurrunt enim duæ species filiatio-

Adoptionis, five duo Jura naturalia sanguinis, & civilia ad personam, *Mauz. tract. de testam. n. 176.* Ratio alia, quia ejusmodi adoptivus in potestatem, & familiam adoptantis transiit, cum ergo locum habeat *fictus*, locum quoque habet instituti *necessitas*. *Mauz. l. sup. hic. n. 24.*

## §. SED SI. 6.

15 Inter alia nullius privilegia, & hoc est, quod, in expeditionibus constitutus, faciens Jure militari testamentum, liberos, licet sui sint, institui, vel exheredare non teneatur; sed prout ipse loco exheredationis, habeatur, modo seiverit, se liberos habuisse. Si vero ignorans, se liberos habuisse, aut heredes scripserit, eos autem prout erit, vel, quia nescit, uxorem pregnantem esse, vel, quia, eo absente, nati sunt, hoc in casu non censetur eos exheredare voluisse, ac proinde testamentum minime valebit, *l. 9. §. l. 10. Cod. de testam. milit.* Quia nulla voluntas elici potest ex ignorantia; & errore, *l. 116. ff. de R. J. Harp. hic. §. Mauz.*

## §. FIN.

Illud in hoc §. sancitur, quod Mater, item Avus maternus necesse non habent, liberos suos, aut heredes institui, aut nominatim exheredare, sed, quod possint eos silentio onerare; & tale silentium tantum faciat, quantum exheredatio patris, in e. testamentum, in quo Mater filium suum silentio prout, non ipso Jure nullum, sed per querelam inofficiosi rescindendum.

## TITULUS XIV.

## DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

## SUMMARI A.

- 1 Quamquam nequeant heredes institui?
- 2 Servus an recte instituitur?
- 3 Hereditas in quot uncias dividitur?
- 4 Quid juris, si hereditas à testatore in plures uncias divisa sit?
- 5 Cum sit inopositibilis, institutioni adjecta, quid operetur?

## CONTINUATIO.

1 Viro, qui necessarius in instituendo, vel exheredando sit, se tunc in genere qui heredes institui possunt?

## AD PRINCIP.

Heredes possunt omnes institui, qui non prohibentur. In specie tamen prohibentur & Deportati, *l. 1. Cod. de ha-*

*red. inst.* quia non sunt Cives Romani. II. Damnati in metallum, quibus nihil relinqui potest, nisi alimenta, *l. 3. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* III. Damnati ad tritemes, quia hodie in eorum locum successerunt, qui in metallum damnati sunt. *Mauz. tract. de testam. tit. 6 n. 81.* IV. Apostatae, sive ii, qui à Christiana fide defecerunt. Item Hæretici, Anabaptistæ, *l. 3. Cod. de Apostat. Nov. 115 cap. 10. §. 14.* V. Filii reorum communis hære Majestatis, *l. 5 §. 1. Cod. et leg. Jul. Majest.* VI. Exco-communicati propter eadem, vel percussio-nem cardinalis, *c. fin. de pen. in 6.* VII. Mores, infra tempus luctus habentes, *l. 1. Cod. de secund. nupt.* Rursum, quia hæc est poena incantationis. Quod de Jure Canonico non procedit, *c. pen. §. ult.*

*ut. §. de secund. nupt. VIII.* Personæ incertæ, quales sunt, quas incertâ, & eorû opinionione animo suo testator subjecit, *l. quorû. §. 9. §. l. e. Ratio*: quia certum debet esse testatoris consilium. De jure novo incertæ personæ institui possunt, dummodò certitudo earum ex futuro eventu defuncti possit. *Glottie tract. de testam. cap. 1. §. 2. de ut, qui absolutè n. n. possunt institui, n. 2. Hæp. n. 11. luc. IX.* Filii, ex damnato coitu nati, quales sunt nefarii, incestuosi, adulterini, sacrilegi, *Auth. l. cet. Cod. de natur. liber. & Auth. ex com. l. xu. Cod. de incestuos. nupt. Manz. tract. de te. om. loc. cit. n. 83. Et seq.* Ratio est in odio damnatæ levitatis, incontinentiæ p. s. ita. Hinc dicit Nov. 83. §. 1. quod nulla sit impertienda clementia; hoc autem ceterum procedit, ut à Patre, vel Matre institui non possint; nam extraneus tales ex damnato coitu susceptos, validè instituit. *Gasl. lib. 2. obs. 88. n. 2.* Ratio, quia in extraneis cessat causa prohibitionis, videlicet damnata libido, & peccatrix concupiscentia. *Manz. loc. cit. num. 113.*

**X** Non possunt institui hæredes Mo-  
nachis S. Francisci, veluti Capueini, &  
Minores de Observantia seu recolecti.  
Ita statuitur in *Clement. exvi. v. quia  
igitur. de P. S.* Ratio, quia nihil pro-  
prium habere possunt, neque in com-  
muni; neque in particulari, *Ad utz. loc. cit. n. 151. Grotius loc. cit. n. 6.* Lega-  
tum tamen capere & fidei-commissum  
particulari non prohibentur, modo sit  
rei mobilis, & parvæ quantitatis *d. Clement. exvi. Ubi* nominatum, & in  
specie prohibentur, capere legatum rei  
immobilis, aut magnæ quantitatis, ergo  
legatum rei mobilis, & parvæ quan-  
tatis possunt accipere: excepto enim  
firmat Regulam in casibus non exceptis.

*arg. l. 18. §. 11. §. d. institut. fund. vel  
instrum. leg.* Cum autem fratres minores  
sint incapaces Judiciorum, actionum  
pro rebus, sibi donatis, vel in ultimâ  
voluntate relictis competentium, ideo  
possunt implorare officium iudicis, ac  
rogare, ut ad præstationem legati hæ-  
res constitatur. Vel Iudex etiam non  
imploratus, ex officio adversus hære-  
dem procedere, & heredem ad præsta-  
tionem legati compellere potest. *Manz.  
n. 163. Glottie loc. cit. n. 7.*

### ADVERS PROPRIOS.

Omni servos proprios non aliter insti-  
tuere licebat, quàm cum libertate, v. g.  
hòc modò: *S. alius servus meus, liber,  
& hæres esto!* Hodie, cum& etiam li-  
bertatis donatione, rectè instituantur,  
quia testator, cum instituendo hære-  
dem tacite dat libertatem, cuius sine ea  
hæres esse non possit, &c.

*Ex se* servus, de adulterio, cum  
Domina sua convinctus, accusatum: talis  
enim ante sententiam non manumitti  
nec à Domina hæres institui potest. *text.  
luc. Manz. Et S. hanc. hic.*

### § SERVUS I.

Servus itaque hæres à Domino institui  
potest, institutus fit liber dominòque  
hæres necessarius, modò in eadem causa  
manserit, i. e. in domo testatoris usque  
ad mortem, & utrumque, i. e. liberta-  
tem, & hæreditatem ex testamento  
consequatur. Hinc, à vivo testatore  
manumissus, vel in alterius domini po-  
testatem translatus, non amplius hæres  
eri necessarius, sed priori casu ex suo,  
posteriori non nisi ex domini sui jovi  
arbitrio, & iussu hæreditatem adire po-  
teat, non etiam nomine suo, quia do-  
micus, eum alienando, à libertatis do-  
natione destituisse videtur. *text. luc. Hæc de  
servo*

servo proprio. Servus vero alienus, hæres institutus, iussu, & n. n. n. Domini, in cuius potestate adeundæ hæreditationis tempore erit; adibz, quod si implet tunc liber sit, nomine suo agere poterit.

Q. Quid, si servus institutus, non obstante iussu domini, ante h. reditatem mori; & Dominus non fiet hæres. l. 3. v. p. ut. Cod. h. t. l. 6. §. fin. l. 7. ff. de acquir. & ant. hered.

Dices: talis servus, nec velle, nec nol'e habet. R. quoad ea, quæ ad Juris effectum sunt comparata eor. quoad ea, quæ in facto consistunt, uti est actio, nego antee. & c. seq. S. h. amb. hic.

Uxer: Hærede instituto filiosam & adire hæreditatem reculante, pater eam acceptare potuit; ergo etiam dominus, inuito servus. R. neg. c. seq. qui. est speciale in patre, utpote qui magis videtur, esse una, eademque persona cum filiosam, quam Dominus cum servo. S. amb. hic.

#### §. SERVUS ETIAM. 2.

Indicat hoc locò Imperator, etiam servum hæreditatum posse hæcedem institui, i. e. servum mortuò jam Dominò, & nondum ejus aditū hæreditate. Videbatur quidem, hunc servum institui non posse, cum hæreditatem nequeat acquirere, utpote, qui Dominò caret, ex cujus persona Jus adeundi habeat.

Verum dicendum, quod hæreditas jam cens, & nondum adita, Domini defuncti personam sustineat, atque representet. Confirmatur conclusio à parate: potest hæres institui servus, ejus Dominus adhuc in utero est; ergo & hæreditarius, qui Dominum nondum habet, text. hic. Servus tamen hæreditarius ante aditam hæreditatem à suo Domino hæreditatem adire non potest, quia requiruntur iussus Domini, Manz. hic.

#### §. SERVUS AUTEM. 3.

Non tantum unus, sed etiam plurium Dominorum, seu communis servus hæres institui potest hæreditate, neque acquirere suis Dominis, quorum iussu eam adit, pro portione dominica regulariter, quia dominum est acquisitionis causa.

Dixi quoniam iussu, quia, uno alterove n. n. juben. e, part illa jubendi accrescit, et n. nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere possit. l. 7. ff. de R. l.

Dices: si legatum servo communi relinquantur, uno Dominò repudiante, pars vacans alteri non accrescit, l. 20. ff. de legat. 2. ergo idem hic. R. neg. c. seq. quia ibi aliquis non decedit partim testatus, partim intestatus.

#### §. ET UNUM. 4.

Potest quis hæres institui, quot voluerit; ratio nulla est alia, quam libertas ultimæ voluntatis. Ex quo inferunt, quod non referat si Cruentem, siue Populum, siue Collegium (saltem licitum) aliquis instituat. Manz. n. 2, & 3. hic.

#### §. HÆREDITAS. 5.

Imperator in hoc §. plures hæredes à 3 testatore institui posse, dixit. Sed, quia aliquando inæqualiter instituuntur, ideo partes hæreditatis hic declarat. Dividitur autem hæreditas plerumque in XII. partes seu uncias. Istæ autem partes, seu unciz, simul sumptæ, vocantur As, libra, vel pondo. Nomina autem partium hæc sunt:

Duodecima, siue minima pars assis vocatur Uncia. Sextam, & quasi duas, sexta pars assis, sunt 2. unciz. Quarta, quarta pars assis, sunt 3. unciz.



*Triens*, tertia pars assis, sunt 4. unciae. *Quincunx*, quasi continet 5. partes. *Semis*, quasi semias h. e. dimidius as, sunt 6 unciae. *Septunx*, sunt 7 unciae. *Bes*, quasi bis triens, sunt 8. unciae. *Dodrans*, sunt 9. unciae. *Dextans*, 10. unciae. *Denus*, quasi decempta uncia, sunt 11 unciae.

Ratio porro, quare Jura dividant hereditatibus in XII. uncias, alia non est, quoniam, quia conveniens videbatur ille numerus pro commodi divisione hereditatis. Itaque, si testator vellet plures heredes instituere potest ita scribere: *Titius instituo in quincunce*; *Maevius in quadrante*, *Cajus in triente*: quo in casu Titius 5. partes; Maevius 3. Cuius 4. accipiet proinde hoc testatorem habuisse 11 bonis 1200 fl. Hic casu capiet Titius 500. Maevius 300. Cajus 400.

*Dicitur*: quid opus testatorem tam insensitum verbis uti? cur non sciam dicat: *Titius in 500. Maevius in 300.* &c. *Heredes in titum?* &c. I. Id fieri propterea, quia ipso adhuc vivente, crescere & decrescere potest patrimonium eius &c. II. Multum interesse nam, si testator dicat: *Vitium instituo in quincunce*, hoc in 5. iuris vel quinta parte hereditatis: Tunc dicitur testare ipsum instituisse in quota hereditatis, & proinde se caput Titius istius quoniam titulus universalis. Si dicat: *Titium in vias in 500 fl.* Tunc dicitur, ipsum instituisse in certa re, & Titius caput erit titulus singulari, & proinde nomine heredis, quoniam hereditatis, cuius hic est effectus: nam si quis rem certam titulo singulari ex testamento a iuris recipit, consequitur illam rem lucraturum, & sine omni onere; qui vero quodammodo, non pro parte, quia heres est, onera quaeque sustinet, & Credituribus hereditarius satisfacere tenetur. Alter est

fectus, & discrimen est, quod fortis accrescendi: nam, si plures ex singulari re heredes instituti essent, & unus repudiaret suam partem, non accresceret in singulari re sed in quota hereditatis instituta, de quo vide §. 1. *infra de legat. Maevius. hoc. n. 8. & seqq.*

#### AD §. NON AUTEM.

Quoniam bonum sit continuo iuris divisionis gratia legalem distributionem servare: & hereditatem semper in XII. uncias, non plures, neque pauciores dividere. Non tamen adhuc numerum restrictus est Testator, sed potest vel plures, vel pauciores uncias facere. Hinc si dixerit: *Si in ex semis mihi heredes esto* testator in se misit erit; quia nemo pugnavit potest pro parte testatoris, & pro parte intestatus decedere, l. 7. ff. de R. J. nisi miles sit, quoniam hoc sola voluntas spectatur, hinc in dato exemplo Titius semissem, heredes ab intestato alterum semissem caperent. *Maevius. n. 16. d. hanc. hoc.*

*Quid, si plures testator instituerit, & assensum non impleverit? v. g. Maevium in semisse; Cajum in quadrante?* &c. I. quod quatuor vacans in 9. uncias dividi debeat, & Maevius capiat iterum 6. Cajus vero 3. &c. II. Posse totam hereditatem in 9. quantitas uncias dividi, quarum 6. Maevius, tres Cajus accipit. *Maevius. n. 19.*

*Quid, si testator hereditatem in plures, quoniam XII uncias divisit, v. g. Titium in 12. Cajum in 6. uncias instituerit?* &c. quod tunc in dupondum. Si vero 24. uncias instituerit, heredes excesserint in triplo idum processit v. detur. Ille tantum partes omnes ad aliam revocantur, & cuiuslibet pro rata recedat, quod bonum arithmetico relinquitur computandum. *de h. b. b.* Sed, ne te in hac reminuum confundas, dic. quod quis tunc partes

partes capiat, quot ipsi assignatæ sunt, & hæreditas in tot uncias dividatur in quot ipse testator eos divisit.

### §. SI PLURES 6.

Q. in hoc §. quando sit necessaria distributio secundum partes assis? & R. tunc partium distributionem necessariam esse si plures instituuntur hæredes, & eos nobis testator ex æqualibus partibus hæredes esse. Nam, si nullas partes assignaverit, satis indicat, ex æquis partibus eos velle hæredes esse.

### AD V. PARTIBUS.

Quid si testator heredes quosdam instituit defuncti, h. e. partibus in quorundam personarum expressis; quosdam vero indefinitè, h. e. partibus non assignatis? R. cum distributione vel enim as est completus, vel nondum est completus. Si as nondum est completus, tunc indefinitè institutus partem residuam capiet; si plures indefinitè instituti sint, omnes in portionem vacantem concurrunt, eamque æquæ inter se dividunt; quia talis esse mens, & voluntas testatoris, creditur.

### AD V. SI VERO.

Si verò totus as jam completus sit, tunc videtur, dupondium fecisse, & institutus indefinitè capiet dimidiam partem hæreditatis, quia dupondium ad alium revocatur; siue hæreditas dividitur in 24. uncias, ex quibus definitè instituti 12. & indefinitè 12. uncias.

### §. VIDEAMUS. 7.

Si nullus sine parte scriptus sit, & tamen pars aliqua valet, illa singulis pro parte hæreditatis accrescit. Et contra, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tunc singulis decrescet. Sed, quomodo fiet computatio? vide *Mans. hic*,

qui duos computandi modos tradit, quorum primus valde obscurus est. Ego proinde secundum teneo, & dico si nullus sine parte scriptus sit, & una tamen pars valet, quod non opus sit iure accrescendi; sed testator censetur, hæreditatem non in plures uncias divisisse. Quod si è contrà altem assignando, partes excellerit, censetur in plures uncias divisisse. v. g. Fac! testator instituit primum in triente, secundum in quadrante. Hoc in casu censetur hæreditatem in septem partes divisisse, quarum primus quatuor, secundus tres accipit. Fac iterum, quod primum in semisse, secundum in triente, tertium in quincunce instituerit: hoc in casu censetur testator hæreditatem in 16. uncias divisisse.

### §. ET SI PLURES. 8.

Si plures unciæ, quàm 12. distributæ, & aliquis sine parte institutus sit, hic habebit id, quod dupondio deest. Idem expleto dupondio sentiendum de tripondio, *Schneid. n. 5. v. g.* testator fecit 4. hæredes. I. instituit 16. unciæ. II. in 4. & III. in 4. deinde IV. indefinitè instituit: quid capiet hic? R. id, quod deest dupondio, videlicet 10. uncias.

### §. HERES ET PURA. 9.

In hoc §. traditur qualiter hæres institutio fieri possit? videlicet *puri*, & sub conditione.

Ex die verò, vel certo tempore hæres institui non potest, veluti post biennium, quàm moriatur, ne quis pro parte temporis decedat testatus, pro parte intestatus. Sic etiam in certum tempus hæres institui non potest, per allegatam rationem, & etiam hanc, quod is, qui semel hæres est, non potest desinere esse hæres, l. 88. ff. h. t.

Et ideo, si ex certis tempore, vel ad certum tempus hæres influatur, tempus habetur pro non adjecto, & censetur purè institutus, & hoc fit in favorem ultimarum voluntatum. *test. luc. Manz. Et S. luerd.*

6. IMPOSIBILIS. 10.

5 Q. Quid Juri si conditio impossibilis sit  
apposita? R. si institutionibus, legatis  
fidei-commisibus, donationibus mortis  
causâ ea sit adjecta, habetur pro non  
adjecta, text. *huc*. & l. 20 ff. *h. s.* Ratio  
est favor ultime voluntatis Secus, si  
contractibus adjecta sit, tunc enim con-  
tractum vniat & annulat, quia, par-  
tes joci voluisse, præsumuntur; Tes-  
tator autem joci non præsumitur.  
*Mayr. hic.*

## §. SIX PLURES II.

Contigit subinde, ut plures e indico-  
nes uni heredi adscribantur; quo in casu,  
si conjunctionis sint adscriptæ, velut, si  
Romanus iuravit, si imperator Turcicus vi-  
citur, omnium eventus expectandus est;  
conjunctionis enim unius loco habentur Si  
separatum scriptæ sint, veluti si Capitolium  
ascenderis, aut Petro IO. dederis, sufficit  
unam esse impletam, Ratio, quæ in al-  
ternativis sufficit alteram adimpleri.

## 6. FIN.

III etiam, quos testator nunquam vidit, heredes intulium possunt, quia possunt vel per *omnes*, vel *sanctus*, vel *intestum* aliunde noti esse. Sic potest quis fratri filios peregrinantes, vel *professorem* privatum. Si ubi *genitum* heredes intuliere, magis enim voluntas testatoris quam coemptu attendenda. *Aliud* hic.

T I T U L U S Xf.

## DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

## SUMMARY

- 1 Definitur substitutio in genere.
- 2 Testator potest plures gradus substitutionis facere.
- 3 In Codicillis non recte fit substitutio.
- 4 Facta tamen in fidei commissum trahitur.
- 5 Substitutio alia est vulgaris, alia pupillaris.
- 6 Iterum alia expressa, alia tacita.
- 7 Denique alia defuncta alia indefuncta.
- 8 Factum in casum voluntur, facta etiam in casum impotentia non censentur.
- 9 Resolventur argumenta contraria.
- 10 Plures possunt in locum unius substitui.

- 11  $\S$  12. Enumerantur varii casus substitutionis.
- 13 Recensentur effectus substitutionis vulgaris.
- 14 Expirant substitutionis varii modi.
- 15 An substitutio sit potius iure accrescendi?

## CONNECTION

**E**xpositis primis institutionis gradibus, videamus modo de secundo, tertio & consequentibus; potest enim rector plures facere institut.onis gradus, & qui sunt post primum gradum, vocantur substitutiones, Affix - E b - Szuzgenz. Quam materiam a subtilitate, & difficultate

sate inter alios principem compellere possit; tunc enim *Mansio*, tanta ejus est alacritudo, ut compendiarie interpretatione exhaustum non possit, videturque simillima mari Anglico, qui sumi reptilia sine numero. At! nolim? animum abjectum, trementi similis. Industria, labore, constanti opus est, agendum intente, & acriter. Difficultatum tanta non occurrit machina, quanta nequeat laborum anete conquassari: & cum (quæso!) non incendatur animus ubi notum est, *Buliam* de sola hac substitutione materia consulendo 1500. aureorum lucra tulisse.

## AD PRINCIP.

1 Substitutio à variis variè describitur: placet, quod sit secundi hæredis institutio collata in casum, quo primus institutus hæres non erit, v. g. cum testator dicit: *Titium hæredem instituo, si hæres non erit, Caium ei substituo*. Hic Titius dicitur institutus, & Caius substitutus, & hæc substitutio est secundaria & conditionalis institutio, quia tunc demum substitutus hæres erit, quando primò locò hæres institutus hæreditatem non adit, vel, quia non vult, vel, quia non potest. *S. huc. n. 3.*

2 Potest autem testator plures subordinationes, & gradus hæredum facere, v. g. dicendo: *Petrus mihi hæres esto! si Petrus hæres non erit, Paulus hæres esto! si Paulus non erit, Joannes esto! si nec Joannes erit, Antonius esto!* & ita deinceps, in quantum velit testator, substitui potest: adeo, ut in substitutum, & novissimò locò servum hæredem instituere possit, ut scilicet institutus moriatur, v. g. dicendo: *si ex prædictis nemo hæres erit, servus meus esto!* qui propter dominicam potestatem natus volens hæres esse co-  
gitavit. *Mans. n. 3.*

Iterum ad Institutum.

Potest dicitur in *Textu principis. huc. in Testamento suo*, quia in codicillis substitui non licet. Ratio, ne confirmetur Jus testamentorum, & condicillorum. *Harp. n. 39. huc.* Ratio alia: quia, ubi institutio non est permixta, ibi substitutio est prohibita, cum hæc nihil sit aliud, quam secunda institutio. *Favarius de fidei. q. 1.* atqui in codicillis institutio non est permixta. *J. 2. l. ult. de Codicill. ergo, Mans. n. 5.*

Q. I. An substitutio directis verbis in codicillis sit? an directis. Jure valere nequeat, sicut in iis verbis fidei commissi substituentur, ita, ut venientes ab intestato censuerant rogati, eam hereditatem restituere hæredi, in codicillis substitutio, detestanda quæritur Trebellianica! Quamvis negatur in rigore Juris facile defendi possit, quemadmodum eam disputandi (ut ait) potius, quam decidendi gerat, metuit *Harp. nov. 41. huc.* ex hac rat. one, quod verba directa naturam suam retineant, nec obligentur nisi in casibus Jure expressis, i. 7. ff. h. 2. ubi substitutio, directis verbis imponitur ultra tempus potestatis facta, ad fidei-commissum reducitur.

Afirmativa tamen communis harmonia DD. accipit. Ita *Zor. ff. de Jure Codicill. n. 7. Ruy. ad Titul. vol. 2. disp. 11. ib. 6. lit. C. Schütz. n. 15. Mynsing. n. 8.*

Ratio hujus est, ut sustineatur ultima voluntas, omni meliori modò, quo potest. Accedit præterea l. fin. §. 1. de Codicillis ubi Theodosius Imperator ait: non licere ad fidei-commisii interpretationem, veluti ex codicillis, voluntatem reducere, si testator testamentum facere decrevit. ergò à contrario licet erit directum, si codicillos testator facere voluit. Deinde inter DD. faciliè convenit, institutionem, in codicillis directè fec-

T. 2.

L. 1.

tem, ad fideicommissum reducit, uni communiter tradunt ad § 2. *Instit. de Codicillis* ergo etiam substitutio, in Codicillis directa facta, ad fideicommissum reduci debet.

5 *Dividitur substitutio I. in vulgarem, & pupillarem.* Vulgaris est, quæ curvis ætatis, & personæ: quolibet de populo (idoneo tamen) substituitur in casum non aditæ hæreditatis, veluti: *Titius hæres esto, si hæres non erit, Cuius hæres esto.* *Schwend. n. 8.* Pupillaris est, quæ parentes libens substituitur impuberibus, in potestate constitutis, in casum acquisitionis hæreditatis, & mortis ante pupillarem ætatem. Huc pertinet substitutio *acceptis, brevisque, &c.* de quibus *ut. seq.*

6 *Vulgaris dividitur II. in expressam & tacitam.* Expressa est, quæ fit verbis expressis v. g. *Titius hæres esto, si hæres non erit, Cuius hæres esto!* Tacita est quæ sub pupillari expressa continetur, v. g. si testator ita scribat: *Filius meus impubes hæres esto! si hæres erit, Et in impubertate decesserit, Cuius hæres esto!* Hæc est substitutio pupillaris expressa, continens in se tacitam vulgarem, ita ut, si filius in impubertate non moriatur, & ab hæreditate paterna se se abstinat, Cuius substitutus nihilominus ad hæreditatem paternam admittatur v. l. *per hoc ius 4. ff. de i. s.* Sed, quomodo adiungitur Cuius? & ex substitutione vulgari tacita, quasi testator etiam in illum casum substituitur, quo hæres non erit, & intra pubertatem non decesserit. Et hoc ex interdicto dicitur, v. l. & potestate legis, præsumptum, quod testator, qui ita dicitur substitutum, ut non duntaxat filium bonum, sed etiam bonum ipsius testatoris propriam ad eundem venire voluerit, censetur etiam velle, ut filius, ante patrem mortuum aut se ab hæreditate abstinente,

substitutus in bonum, ipsius testatoris propria succedat. Ita re ipsa docent *Zoes. ff. de i. n. 17. Barboz. et Terent. vol. 2. disp. 11. th. 8. lit. F. H. om. ibid. q. 50. Et ut resoluat lib. 2. traß 6. q. 7. Fufar. de substit. quest. 24. per tot. Ad mitem de comp. ult. voluit lib. 4. tit. 5. n. 1. Schwend. n. 9. Perez. Et S. Hamb. *Instit. hic Atronech. lib. 4. præsumpt. 43. n. 1. Et seq.* ubi aut, pro regula quasi ab omnibus constituitur pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam, quod, an sine alteratione procedat, videbimus *infra in seq.**

III. Substitutio *dividitur in definitam, & incertam.* Hæc est, quæ specialem casum non complectitur, sed verbis generalibus concepta est, v. g. *Titius hæres esto! si hæres non erit, Cuius hæres esto!* Illa est, quæ specialem casum complectitur, puta, *noluntatis aut impotentia!* v. g. *Titius hæres esto! si hæres esse non velit, Cuius hæres esto!*

Q. II. *An substitutus in casum noluntatis creseatur vultus in casum impotentia, vel e contra?* Casus casus huius controversie emergat iste Testator ita scriptis: *Titius hæres esto! si Titius hæres esse non velit, Cuius hæres esto!* Jam fac, quod Titius libenter vellet esse hæres, sed, quia fortassis decesserit, hæres esse non possit quæstionis est, an substitutus Cuius nihilominus admittatur; *Affor. Zoes. ff. de i. n. m. 7. Perez. ad Cod. de compub. Et alius substituit. n. 3. S. Hamb. *Instit. hic Gomz. var. resol. tom. 1. cap. 3. n. 10. Arum. exercit. 8. th. 15. Atronech. lib. 4. præsumpt. 65. Fufar. q. 31.**

*Mortetur l.* Quia videtur esse eadem ratio in casu omisso, quæ in casu expresso, nam substitutio vulgaris, *si hæres esse non velit*, idem facta intelligitur, ut defunctus hæredem habeat, & non decessit intestatus in casu, quo primus institutus hæres non vult esse hæres, sed hæc

hinc ipsa ratio militat etiam in casu, quo heres esse non potest; ergo.

*Mouetur II. per l. 3. Cod. de substit.*

*Et iussu.* ubi institutus sub conditione; *si à patre emancipatus fuerit*, censetur etiam institutus in casu, quo pater deportatus fuerit: sicuti ergo institutio in unum casum facta, trahitur ad alium casum; ita quoque substitutio facta in unum casum, trahenda est ad alterum.

*Mouetur III. per l. 25 §. 1. ff. de lib.*

*Et posthum.* ubi proponitur talis casus: testator scripsit illum hæredem, quem adhuc in utero matris esse credidit, postea apparuit, quod tempore conditi testamenti iam fuerit natus, & consequenter testator in sua opinione erraverit. *Quærebatur* an nulominus valeat institutio? & *responsum* fuit, quod sic; ergo dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

*Mouetur IV. per l. Gellius 29. §. 5.*

*ff. de lib. Et posthum.* ubi nepos, vocatus in casum, quo filius mortuus fuerit, censetur etiam vocatus in casum quo filius deportatus est, aut per emancipationem exiit de patria potestate; ergo dispositio facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

*Mouetur V. per l. Jam hoc Jure 4.*

*ff. h. e.* ubi sub hac conditione, *si heres non erit*, etiam hæc conditio comprehenditur, *si heres erit*. *Et intra præteritum decesserit*, ergo dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Verum, his non obstantibus, semper Simili visæ est verior negantium opinio, ita, ut substitutus in casum voluntatis non adnuitur in casum impotentiae. *Hann. ad Treutl. vol. 2 disp. 12. tit. 6. q. 37. Fachene. lib. 4. cap. 61. Hirp. §. 1. disp. h. t. n. 7 Bachov. ad Treutl. c. 13 tit. A. ad iussu. de cony. 3 ult. vol. un. lib. 5. tit. 1.*

*Probatur I.* Hac ratione: quia isti duæ casus voluntatis, & impotentiae sunt planè diversi, & ita diversi, ut nihil quidquam invicem commune habeat; quod exinde patet, quia non velle, & non posse sunt diversa: siquidem possum non velle Romam ire; non tamen sequitur, quod non possim, atqui diversorum ea est natura, ut, uno posito, non censetur alterum quoque positum, ergo, &c.

*Accedit*, quod actus agentis non operetur ultra ejus intentionem, *l. 19. ff. si cert. per.* sed actus agentis est circa casum voluntatis; ergo non operatur in casu impotentiae, præcipuè quoniam substitutio ex conjectura inducenda non est, *arg. l. 21. ff. qui testam. fac. post.* Taceo, quod qualibet conditio debeat in forma specifica adimpleri; uti ex sequens patebit.

*Probatur II. per l. patet 101. ff. de condit. Et demum.* ubi proponitur talis casus: pater filiz prædium relinquit sub ista conditione, ut nuberet Philippo; & si huic non nuberet, Philippo tamen daretur prædium. contigit, ut filia libenter nuberet, sed nondum viripotens, decessit. Q. an Philippo debeat prædium? deciditur, quod non Jam sic argui, si legavi in casum voluntatis, legatarius nihil capiet in casu impotentiae; ergo etiam, si substitui in casum voluntatis, substitutus nihil capiet in casu impotentiae.

*Probatur III. per l. commodissimi 106. ff. de lib. Et post.* ubi dicitur, quod si testator ita scripserit: si, vivò me, nascatur, heres esto, non censetur filius posthumus institutus, & rumpat testamentum, si mortuò testatore nascatur; ex ratione, quia casus omisus habetur pro omisso, ergo idem in nostro casu dicendum.

*Probatur IV. per l. 21. ff. de ubi substitutus in casum, quo intra decimum annum filius decesserit, non admittitur si post decimum annum decesserit. ex ratione, quoniam in hunc casum non est substitutus, & quia conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.*

*Probatur V. per l. 22. ff. solut. matrim. ubi si extraneus dedit dotem, & eam sibi in casu divortii reddi, stipulatus est, dos reddi non debet, si matrimonium per mortem dissolutum sit. ex ratione non alia, quam, quia casus omnis habetur pro omisso, & conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.*

**9 Argumenta contraria nullò labore evanescunt.**

*Ad I. R. non spectari, an sit eadem ratio, sed, an sit voluntas testatoris; quæ talis esse præsumitur, ut in casu omisso nullum heredem habeat.*

*Ad II. R. quòd in casu d. l. 3. idem planè effectus tam ex emancipatione, quam ex deportatione sequatur, scilicet iste, ne usus-fructus ad patrem perveniat. Hæc enim unica fuit testatoris intentio, quæ adimpletur, sive patris potestas soluta sit per emancipationem, sive per deportationem. Secus est in nostro casu, ubi fortè testator ob certas rationes in casu impotentis substitutionem noluit admitti.*

*Ad III. R. quòd testator ideo in cit. l. 25. §. 1. unum duntaxat casum expresserit, quia, se statim moriturum, credidit, & nescivit tam ejus quem in utero esse credidit, ignoravit. Secus est in nostro casu, ubi pater bene novit, substitutionem vulgarem duas in se continere casus, unum proinde si expresserit, alterum videtur exclusisse.*

*Ad IV. R. Idèò casum mortis exten-*

*di ad casum deportationis, quia utriusque casus prorsus eì eadem ratio: filius enim in utroque casu desinit esse suus, & consequenter nepos agnoscitur suus hæres, atque adeo sumpt testamentum, quod unicum evitare pater voluisse præsumitur. Secus autem est in nostro casu, ubi fortè alia testatorem potuit movisse ratio: quòd in casum impotentis non substituerit.*

*Ad V. R. quòd idèò in d. l. 4. substitutus in utroque casum admittatur, quia substitutus vulgaris tacita continet in se pupillarem expressam, & pupillaris tacita vulgarem expressam.*

*Accedit, quòd constitutio d. l. 4. singulariter à Dno Almo facta sit, & non tantum idèò locum habeat, quia voluntas testatoris, substituentis in unum casum, præsumitur etiam fuisse in alterum; sed, quia istam præsumptionem expressè jura, & leges confirmant.*

**§. ET PLURES. I.**

*Q. in hoc §. qualiter substitutio fieri possit? & R. diversimode fieri posse, & quidem I. quòd plures in unum locum substitui possint, v. g. Titus hæres esto! si Titus hæres non erit, Lucius, Stichus, Cæus, Sempromus sunt!*

*II. Potest testator in plurium heredum locum substituere unum, v. g. hoc modò: Lucius, Titus, Mævius, & Publius hæres esto! & si hæres hi non erunt, Sempromus hæres esto!*

*III. Potest testator singulos substituere in locum singulorum, v. g. Mævius, & Lucius hæres esto! si Mævius hæres non erit, Sergius in ipsius partem hæres esto! si vero & Lucius non fuerit hæres, Cæus hæres esto. &c. esto! Manz. hic.*

*IV. Denique illi ipsi, qui hæres instituti sunt, possunt invicem substitui, v. g. Titus, Sempromus, Pæcius hæres esto!*

*nihil sunt, et si quis iuricem substituit l. qui pletur 23 de l. potest. 36 § 1. ff. de vulg. Et pupill. substit. aut sic. Publius, Cuius substit. i. iuricem substituit, heredes mihi sunt! Ratio autem quare sit liceat substitui, alia dari non potest, quam ex l. XII Tab. defuncta. Si erat quisque in rebus suis uti p. a. stituit et! Et pro lege voluntas eius est. Manz. n. 5. hoc.*

V. Autem fortuna substituendi vocatur substitutio reciproca, sive breuiloqua. Ratio quia vicissitudinaria est, & breuibus verbis coarctata; si enim quis vulgari modò vellet exprimere, deberet i. a. scribere. Titus, Sempronius, Flavius heredes sunt! si Titus heres non erit, sunt heredes Sempronius, Et Flavius! si Flavius heres non erit, sunt heredes Titus, Et Sempronius. Manz. hic. Et Harp. hic.

#### §. ET SI EX 2.

31 Pro intellectu nostri §. casus formari potest talis: Primus ex 4. secundus ex 6. tertius ex duobus unius heres, Et sibi iuricem substituit finto! Jam Q. cum hi ex disparibus partibus, non facti ulli in substitutione partium mentione, uno ex his deficiente, quas partes in substitutione habituri sunt? & partes dant in institutione, censetur repetitur in substitutione, test. in. & l. si pletur 24. ff. h. r. Unde, si in casu proposito deficiat secundus, habebit primus 4. tertius verò duas uncias Jure substitutionis, non Jure accrescendi, Schaub. hic. Modum autem supputandi talem tradit Alvarius, quod scilicet illæ uncie quas, qui deficiat, habet, in tot uncias debeant dividi, quot habent reliquæ duæ, & sic quot uncias habent in institutione, tot habebunt ex substitutione, v. g. testator ita scripsit, primus sit heres ex una uncia. Secundus ex duobus, i. e. 8. uncias. Tertius ex

quadrante, i. e. tribus uncias. Jam ponamus quod tertius deficiat. Quid agendum? deficiente tres uncie dividuntur debent in 9. uncias (primus enim, & secundus habent 9. uncias) ex his 9. uncias capiet primus unam unciam, secundus verò 3. uncias, Manz. & Harp. hic.

Quid si secundus deficiat, tunc tres, sive 8. uncie dividi debent in 4. uncias (quia primus & tertius habent 4. uncias) & ex illis 4. uncias tertius habebit 3. uncias, & primus namque unam. Quod si iste computandi modus non placeat, habes alium ex Perz. Inst. hic. Nimirum totam hereditatem poteris in tot partes, sive uncias dividere, quot concurrentibus assignatæ sunt. Sic si in casu positæ tertius deficiat, hereditas poterit dividi in 9. uncias, 8. habebit secundus, & primus unam. Vel, si secundus deficiat, poterit hereditas in 4. partes dividi, & tertius habebit 3. primus autem unam. Putebrè Manz. hic.

#### §. SED SI 3.

Hujus §. casus talis poterit figurari: 32 testator instituit primum, & secundum heredes: secundo substituit primum, & primo substituit tertium. Q. Quid sitis, si primus decedat, Et secundus vivat? tunc secundus habebit dimidiam & tertius dimidiam, Schaub. hic sed dissent. Schaub. qui dicit, quod secundus totam hereditatem acquirat dimidiam quidem Jure institutionis alteram dimidiam Jure accrescendi, adeoque tenet Schaub. Jus accrescendi esse potius quam substitutionis, quod quam falsum sit, infra declarabimus. Si secundus ante aditam hereditatem moriatur, primus autem adhuc vivat, quid tunc Juri? & quod tunc primus capiat totam hereditatem, & quidem semissem ex Jure institutionis alterum verò semissem ex Jure substitutionis; quia alius





*impub. subst.* Ratio est: quia substitutio vulgaris fit sub conditione, si *heres non erit*, sed, adita hæreditate, deficiet conditio, quia alter institutus est, ac promde & ipsa substitutio. Ita *Harp. §. per. h. l. num. 17* Ratio alia, quia adita hæreditate, bona ipsius defuncti hæreditaria efficiuntur propria hæreditas, sed proprium patrimonium hæreditis, adeoque substitutus hæres esse non potest, quoniam uni testatori duas in solidum hæredes esse nequeunt *Schneid. prin. Inst. b. t. n. 13* & per additionem adeo expirat substitutio vulgaris, ut, si quatuor, vel plures gradus substitutionis essent facti omnes expirarent per additionem primi hæreditis institutus, *l. si mater. 33 §. per. h. t. Schneid. loc. cit.*

II. Expirat substitutio vulgaris, si hæres de Jure prætorio bonorum possessionem secundum tabulas nactus fuerit: ratio quia bonorum possesores vice hæredum habentur, *l. 2 ff. de bon. poss. adeoque*, sicuti per aditionem expirat substitutio, ita etiam per bonorum possessionem. *Harp. n. 35. loc. Zous. ff. h. t. n. 12.*

III. Extinguitur substitutio vulgaris, si testator filius suus, qui liberos non habet, substituit, puta substitutione fidei commissaria, & postea liberos suscepit. Nec refert, an conditio hæc, *si sine liberis*, adita fuerit nec ne! semper enim præsumptio militat, quod nemo alienam successionem suæ propriæ antepone re velit, *l. 30. Cod. de fidei commiss. l. 6. Cod. de Inst. Et subst. Harp. n. 37. hic. pro conditio.*

11 Q. IV. An substitutio sit potior Jure accrescendi, resolvitur id afferre: hoc uno inductus argumento, quia substitutus venit ex expressa voluntate, & dispositione defuncti, conjunctis verò ex tacita, & conjecturata mente defuncti,

& legis provisione, nec n. n. suppletione, unde merito præfertur substitutus; provisio enim hominis tollit provisionem legis, *Zous. ff. h. t. n. 5 Gomez. l. r. r. fol. tom. 1. c. 3 u. 16* Hæc conclusio adeo vera est, ut procedat, et anli substitutus vulgaris sit tacita, adeoque repudiante antepubere, admittetur substitutus exclusio coherede impubere, qui veniret per Jus accrescendi. Ita probatur per subtilitatem textus, *l. fur Cod. de hered. inst.* ubi habetur, quod si testator instituit locum hæredem in parte, & alium in alia parte, & dixit ista verba: *Simplius Plocio heres esto* Ita verba dubie interpretantur in vulgarem substitutionem ut repudiante Plocio, admittatur Sempronius, & præferatur alteri coheredi. Ita subtiliter *Gomez. loc. cit.*

Dicit. in Jure accrescendi mest tacita substitutio vulgaris, quia testator vult, ut, altero repudiante, penes unum maneat hæreditas, illique accrescat & sic illud Jus accrescendi provenit ex tacita mente defuncti, & legis dispositione; sed etiam substitutio vulgaris tacita venit ex tacita mente defuncti, & dispositione legis, *l. 4 ff. h. t. quomodo ergo is*, qui venit ex substitutione vulgaris tacita præferetur coheredi, qui venit ex Jure accrescendi, cum in eo tacita, vulgaris instituit, & sic uterque pari Jure gaudeat. Possis hic cum *Accorso in l. 3 ff. de V. O.* haud inepte exclamare *miranda Novitas! subitici substituitur! quis enim rationabilis?* At (nolui) concludere, facili enim evasit aversus *unus argumenti*, si illud quod veniens ex substitutione tacita, adeo veniens ex Jure accrescendi præferatur, qui prior venit, ex fortiori & vehementiori voluntate defuncti. I. Quia, cum testator substitutum non tantum in bonis populi sed etiam suis propriis prætolari, non est dubitandum, quia multo magis

magis eum in sua sola portione prætolerari II Quia coheres non fuit expresse vocatus in illam partem, quam Jure accrescendi capit, econtrà substitutus in il-

lam partem, in quam ex tacita mente defuncti admittitur, fuit etiam expresse vocatus; *ergo* venit ex fortiori voluntate defuncti. Ita Gomez. *loc. cit.*

## TITULUS XVI.

## DE PUPILARI SUBSTITUTIONE.

## SUMMARIUM.

- 1 Definitur substitutio pupillaris.
- 2 Quid intersit, an quis succedat ex substitutione vulgari, an pupillari?
- 3 Pupillaris dividitur, in expressam, & tacitam.
- 4 An diverso substitutionis vulgaris in expressam, & tacitam in Jure fundata sit?
- 5 Enumerantur requisita substitutionis pupillaris.
- 6 Quibus liberis rectè fiat?
- 7 Mater non potest liberis pupillariter substituere.
- 8 Secus de Jure Austriaco.
- 9 An nudi sui heredis existentia tabula pupillares confirmetur?
- 10 Recensentur effectus substitutionis pupillaris.
- 11 An pupillaris expressa excludat matrem à legitima?
- 12 Quid sit substitutio exemplaris.
- 13 Quomodo expressa?
- 14 Datur consilius ad evitandas insidias, quia pupillo parenti possent à substituto.
- 15 Ex hereditate antecessi substituitur pupillariter?
- 16 Quot modis pupillariter substitui possit.
- 17 Quibus modis substitutio pupillaris expressa?
- 18 Quid sit substitutio compendiosa?

**EX**posita natura substitutionis vulgari; sequitur de pupillari, quæ definitur, quòd sit illa, quæ fit impuberibus à parentibus, in quorum potestate sunt incasum, quo moriuntur intra pubertatem. Formola hujus substitutionis proponitur in princip. luc. his verbis: Titus, filius meus, hæres esto! & si filius meus mihi hæres non erit, sius hæres erit, & antequam puer factus sit, mortuus, tunc Sejus hæres esto! Forè! in hac formola duplex est substitutio; prima vulgaris, quæ fit verbis negativis in casum delatæ, & non acquisitæ hereditatis, & si filius meus mihi hæres non erit. Altera pupillaris, quæ pater filio in casum acquisitæ hereditatis verbis affirmativis substituit, & si filius meus intra pubertatem decesserit. Perez. *inst. h. 2.* Et si substitutio vulgaris, & pupillaris sic jungantur, dicunt, vocantque esse substitutionem vulgari-pupillarem. Ubi tamen attendi debet, ex qua substitutus admittitur? Nam, si ex vulgari admittitur, h. e. si filius non erit hæres, & pubertatem vivendo excesserit, tunc substitutus fit hæres patris, quòd si verò ex pupillari admittatur, h. e. si filius hæres extiterit, & ante pubertatem decesserit, tunc substitutus fit hæres pupilli. Multum autem interest, an substitutus sit hæres patris, an filii; siue, an admittatur ex vulgari an pupillari? Nam si sit hæres filii, tunc non tantum in utroque succedit, quæ à Patre, sed etiam à

quæ

que à matre, à cognatis, vel aliunde acquisivit, non alter ac si ipse filius cum heredem institueret, si vero pater sit heres, tantum capit bona patris non etiam pupilli. *Princ. Inst. b. t. Adm. n. 16. Et seqq. hinc*

3 *Disceditur in expressum, & tacitum.*

Expressa est, quæ in expressis verbis generaliter continetur, v. g. *si filius meus uult heres non erit, vel erit, sed in impubertate decesserit, Titius heres esto!*

Tacita est, quæ sub expressa vulgari continetur, v. g. si ita pater scribat. *Filius meus heres est! &c. si heres non erit, Casus heres erit!* Hæc est substitutio vulgaris expressa, quia etiam sic substituere potest, sed si filius adierit hæreditatem, & intra ætem pupillarem debitum unum verbum carnis persolverit, substitutus etiam hoc casu ex tacita pupillari admitteretur; non autem ex vulgari, quia hæc ad hæreditatem eximenda est;

quod autem ex tacita pupillari admittatur, ratio est quia leges præsumunt, ita enim fuisse voluntatem testatoris, ut qui filio impuberi substituit in casum vulgarem, si heres non erit, intelligatur etiam substituisse tacite in casum, si heres erit, & non iam pubes factus decesserit. *Perez. loc. cit. & ad C. d. de impub. & alibi substit. n. 9. & 10. S. luerd. loc. n. 4.* Insuper hæc divisio aperte approbatur, l. *Jam hoc jure 4. §. b. t. his verbis: Jam hoc jure utitur, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, ut utrumque casum substituisse intelligatur, siue filius heres non existerit, siue existerit, & impubes decesserit.* Ecce in his verbis siue filius heres non existerit (quæ verba continent substitutionem vulgarem) siue existerit, & impubes decesserit, & quæ est substitutio pupillaris) aperte ostenditur, quod vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem, adeoque substitutione pupillari æteli & solidè in expressam, & tacitam

*Non ad instauram.*

dividitur. Ita et ipsi docent *Zoef. §. f. n. 19. Fafar de substitut. q. 28. Menoch. lib. 4. præsumpt. 36. n. 12. Mantica de conjed. ult. videtur. lib. 5. tit. 14. Menoch. consil. 303. n. 22. & communiter omnes.* Sed

Q. I. An etiam illa divisio, quæ substitutionem vulgarem dividit in expressam, & tacitam, auctoritate juris munita sit? siue an substitutio pupillaris expressa contineat tacitam vulgarem? siue (ut magis perspicue loquar) an substitutio facta in secundum casum, v. g. *Filius meus heres esto? si heres erit, & in impubertate decesserit.* Cujus heres est intelligatur etiam facta in primum casum, ita ut substitutus in eo casu admittatur, quo filius heres non existit, & ab hæreditate abstinuit.

Negativum sustinet *Anton. Faber deced. 32. error. 10.* ex ratione, quia d. l. §. in hoc jure 4. tantum constituit hoc, quod substitutio facta in primum casum, puta si filius heres non erit, censetur etiam facta in secundum casum, puta si heres erit, & in impubertate decesserit; non verò facta in secundum casum, intelligatur facta in primum, prout idipsum verba textus clare demonstrant: si filius heres non existerit, & impubes decesserit. Porro quod substitutio, facta in primum casum, intelligatur etiam facta in secundum, non verò contrarium. Ratio nem differentiæ præmemoratus *Anton. Faber* hanc assignat, quia, ut substitutio, facta in primum casum, trahatur etiam ad secundum, favor pupilli exigit, ut neminem hæredem testamentarium habeat, sedus est in casu, quo substitutio in secundum casum facta est, neminem si pupillus ab hæreditate se abstinuit, & intra pubertatem non decessit non melius amplius ratio favori, quia tunc non pupillo, sed patri, utpote ex vulgari

V v

gari

gari substitutione substitutus, succedat.  
Ita subtiliter Anton Faber loc. cit.

Verum subtilis hæc subtilitas non me movet, quin potius statum, substitutionem, factam in secundum casum, intelligi etiam factam in primum, ideoque substitutionem vulgarem rectè disceptari in expressam, & tacitam. Hanc Sententiam, utpote communem sub dignantur patrocinio Zaeß ff. loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. 2. diff. 1. th. 8. lit. F. Hamm. ibid. q. 50. Et var. resol. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fusar. de substit. q. 24. Alvaritia de concessio. ult. vol. lib. 5. tit. u. 2. Men. lib. 4. præsumpt. 43. n. 1. ubi ait, pro regula quasi ab omnibus constituta, pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam.

Probatur hæc Sententia per cit. l. jam q. ff. b. i. h. v. etibus jam hoc fieri utimur, ut cum pater impuberi suo in alterum casum substituisse, ut utrumque casum substituisse intelligatur. Eni textus aperte, indistincte, & generaliter statuit, quod substitutio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum, non proinde attendendum erit, in quem casum testator substituerit, nam si in primum, sive in secundum substitutio facta sit, censetur facta in utrumque casum. Ratio hujus à Menob. loc. cit. adducitur hæc: nam, quia ratione testator voluit hæreditatem suam pervenire ad substitutum immediatè nempe mediante personâ pupilli cum hæres hæres sit testatoris hæres, l. ult. Cod. de hered. instit. eadem ratione videtur voluisse, quod hæreditas sua perveniat ad substitutum immediatè, si voluerit succedere ex tacita vulgari; quia immediatè testatori succedatur. per. inst. loc.

Non obstat jussus à Fabro pupilli favore, favorabilior enim foret causa hæreditatis, ab intestato relictæ, ut hi

in bona defuncti admitterentur, quàm ut pupillus hæredem testamentarium haberet adeoque non favor pupilli esset, ut substitutus in primum casum, intelligatur substitutus in secundum; sed, conjecturata defuncti voluntas, quæ talis esse præsumitur, ut substitutus, in unum casum facta censetur facta in utrumque.

Nec ad rem facit, l. 28. de reb. aut. her. jud. pignif. ubi filio impuberi pupillariter substitutum est, & postea pupillus ab hæreditate abstinuit; diciturque in textu, nulla mentione facta, an substitutus ex vulgari admitti debeat, bono patris vendicare, quæ vendi non potuissent sine consensu substituti, si daretur substitutio vulgaris tacita. Siquidem responderetur in text. d. l. 28. hoc queri, quoniam pupillus ab hæreditate abstinuit substitutus creditur bonis paternis respondere teneatur? quæ quæstio à nostra toto cælo diversa est. Deinde haud ineptè ex isto textu supponitur, quod substitutus patris hæreditatem repudiaverit & aliis sequeretur, nec hæredes ab intestato abstinente pupillo, admitti, nisi f. rectè in casu d. l. 28. etiam repudiasset hæreditatem, utpote fortassis veri alieno obnoxiam Bachov. loc. cit.

Hæc ita præmissi modo ad explanationem nostri principii, propriè juvabit accessisse. Ex quo colligitur, quod liberis nostris dupliciter substituere possimus.

I. Vulgariter, verbis negativis in casu delicto, & non acquisitæ hæreditatis, hæc modò: *Filius meus mihi hæres esto! Et si filius meus mihi hæres non erit, Sors hæres esto!* Hæc substitutio vulgaris vocatur, quia à quolibet cuilibet sic substitui potest.

II. Possumus in substituere pupillariter verbis affirmativis in casum acquisitæ hæreditatis, dicens: *Titus, filius meus,*  
pupilli

*mihi haeres esto! Et si haeres eris, Et prius moriatur, quam puer factus sit, tunc Sen- jui haeres est!* Hæc in casu, licet alius existeret hæres, hæreditatemque adierit, si ta uen ante pubertatem moriatur, substitutus ipsi filio hæres sit. *Manc. n. 1.* Ratio est in textu: *nam moribus testis sumus, ut cum epus ante filium sit, in quo ipse sine testamentum facere non pos- sunt, parentes ei faciunt.* Dicitur autem in textu *morbis*, ut intelligatur non ex *L. Xli Tab* hanc substitutionem descen- dere, sicuti vulgaris; sed consuetudine receptam esse: nam de Jure *XII. Tab* neuius licet alienæ familiæ hæredem constituere. *Manc. n. 3.*

¶ Porro, ut substitutus pupillaris suis numeris absolvetur, requiritur I. ut eos liberos quibus testator pupillariter vult substituere, habeat in potestate patria. *L. 2. ff. h. t. Et text. in.* Ratio quia hæc substitutio est effectus patris potestatis. *Manc. immo, hic Witsenb. n. 1. Zaf. ff. h. t. n. 24. Harp. l. l. h. t.*

Idem non refert I. siue liberi sint naturali & legitimi simul, siue legitimi tantum, quia nimirum transeant in potestatem adoptantis, veluti adoptati ab ascendente, & arrogati, *L. 10. §. 6. ff. h. t. cū n. & h. in potestate habeantur, L. 22. §. 1. ff. de adopt.* Illa tamen substitutio, quam arrogator facit, non extenditur, nisi ad legitimam, quam ab arrogante habuit, *L. 1. §. 6. Ratio*: quia arrogans impuberem, cautionem præstare debuit, se arrogati proximi verbi, omnia ejus bona restitutum, si is impubes descenderet, ne alius illis fiat in ius per arrogationem. Vide quæ diximus ad §. 4. *Inst. de adopt. Perz. ad Cod. de impub. & alius subst. n. 12.*

Non refert, II. siue nati sint siue pos- terti n. §. 4. *Inst. loc. siue instituti, siue emhæredati, L. §. 4. siue in primo, siue in*

secundo, veluti nepotes, siue ulteriori gradu, veluti pronepotes constituunt, *L. 2. ff. h. t. Fuf. de substitut. q. 118 n. 4. Harp. n. 5.* Quod ultimum tamen tunc demum procedit, si nepotes, & prone- potes ita sint in potestate substituētis constituti, ut post mortem ejus non sint vocaturi in potestatem alterum *L. 1. 2. Ratio*: quia is, in cuius recedent po- testatem, in testamentum condere potest, quo Jure sine facto suo non privandus. Unde avus nepoti ex filio non recte pupillariter substitui videtur adhuc patre. *Manc. n. 10. Clarif. D. D. F. ant. inst. h. t. n. 6. Zaf. ff. h. t. n. 26. Ex dictis.*

Collige I. Quid substitutus pupillaris liberis emancipatis, spuris, & naturab- libus tantum fieri nequeat, quoniam in potestate patris non existunt. *L. 65. ff. h. t. Harp. n. 6. Perz. loc. cit. n. 13. Aryn- sing. n. 5. Schind. n. 8.*

Collige II. Quid mater liberis suis pupillariter substituere nequeat, *L. 1. 2.* quoniam liberos in potestate non habens. §. 10. *Inst. de adopt. Perz. d. loc. n. 11. Birk. de f. 3. Arxme. exc. 8. ib. 14. Harp. n. 7. Zaf. loc. cit. n. 19.*

Non obstat *L. si mater 33. ff. h. t.* his verbis: *si mater ita testetur, ut filium im- puberem, cum erit aetatis 14. hæredem instituat, etque pupillaribus tabulis, si sibi haeres non erit, alium substituat, vult substitutus.* R. P. in *L. 1. §. 33.* matrem non substitui ite filio impuberi pupillariter sed vulgariter, prout patet ex ipsis ver- bis negativis. *Si sibi haeres non erit*; quæ verba substitutionem vulgarē important.

Utrum in *re. test. L. 33.* sit mentio ta- bularum pupillarum et error factus est substi- tutio pupillaris. Ideo fieri mentionem tabularum pupillarum, quia mater im- pubes te tam vari tabulis pupillarum sub- stituit, si puer erit, hæredem in sti- tut, adeoque istam denominationem non

erantur à substitutione pupillari, sed à persona pupilli, cui vulgaris substituitur o  
*facti*: cfr. Cleriff D. D. *Francia*. n. 2 *Harp.*  
 n. 7. *Zoef* loc. cit. *Hunn* var. *resol* lib. 2.  
 tract. 6. *quasi*. 10. Sanè, si frater sua  
 bona ad substitutionem pervenire velit in  
 casu, quo filius intra pubertatem mori-  
 tur, necesse habet, ut eum fidei-commis-  
 sio gravet. *Zoef*. n. 19. *Berlin*. dec. 2.  
 n. 4. *Servu*. *exce.* 33. n. 23.

8 De Jure Austriaco. quod mater filio  
 suo pupillariter substituere possit, ex  
 Schwartzenthaler testatur *Sattinger* in  
 M. S. lit. S. v. *substitutio*, his verbis:  
*Von dem* &c. i. e. *Ue de regnois moribus*  
*loquamur*, iuxta Schwartzenthalerius, ve-  
 rum est Testamentorum iuris plura in quibus  
 Matres liberi sui pupillariter Substitu-  
 tos constituerunt fuisse cum ab inferioribus  
 tum ab superioribus Judicibus, publicata, &  
 executionis mandata, atque valida man-  
 fuisse &c.

II. Sequitur ad substitutionem pupil-  
 larem, ut liberi, quibus substituitur,  
 sint impubescentes, *text. inc.* & l. 2 § h.  
 t. *Zoef*. n. 28. Ratio: quia puberes sibi  
 ipsi testamenta habere possunt. *Mauz*.  
 n. 9.

Sanè! si ex statuto, aut loci consuetu-  
 dine ante 18. vel 22. annum quis testa-  
 mentum condere nequeat, poterit à pa-  
 tre usque ad illius ætatis annos filio fieri  
 substitutio pupillaris, ut nimirum ex  
 dispositione patris heredem habeat, qui  
 sibi ipsi de hærede providere non potest.  
*Zoef* ff. h. t. n. 29. *Vasq.* de *success.* p. 2 §.  
 14. n. 55. Sic cum nos super *tit.* 12. §.  
 1. dixerimus de Jure Austriaco nemi-  
 nem ante 18. annum testari posse, nul-  
 lus dubito, quam ad illam usque ætatem  
 substitutio pupillaris rectè fiat. *Walther*  
*de Jure civ. Aust.* l. 3 tit. 27. *Solich*  
 &c. i. e. *Substitutio pupillaris non potest*  
*extendi ad aetatem universum liberum a-*

*tem*. Quia propter statim atque libere an-  
 num decem in Austria non frigitur, vel per  
 matris aetatem, nec ut ipse regnum ante  
 illam ætatem emancipari solet, talis substit-  
 utio extinguitur.

III. Requiritur, ut pater, qui liberis  
 suis testamentum facit, sibi simul testa-  
 mentum faciat, d. l. 2. § 4. & ut illud  
 valeat, §. 5. h. t. Ratio: quia pupillaris  
 substitutio est pars, & sequela patris  
 testamenti, ade. que principali non sub-  
 sistente, non potest subsistere accessio. L.  
 178. ff. de R. J. *Mauz*. n. 13. Unde si  
 patris hereditas non sit adita, evanescit  
 pupillare testamentum l. 2. § 1. v. *adri*  
 ff. h. t. Haec ratio enim non adit, ni-  
 hil ex his valet, quæ scripta sunt testa-  
 mento. l. 9. ff. de *test. ment.* tit. l. 181.  
 de R. J. *Mysing* v. 10. *Perz* hic *Zoef*.  
 n. 33. Facit proinde, quod pater filio ex  
 hæredario pupillariter substituens, prout  
 id ipsum potest. §. 4. h. t. & Titulum  
 heredem instituit; hoc casu, nisi Ti-  
 tulus ex testamento patris adeat heredi-  
 tatem, tabule pupillares expirant. *Brun-*  
*um*. in d. l. 2 § 1.

Q. II. *An nuda sui heredes existenti*  
*tabule pupillares conferantur?* Ubi locus  
 sit substitutionis pupillari, requiritur im-  
 puberem heredem extitisse, & intra pu-  
 pillarem ætatem decessisse, sit enim sub-  
 stitutio pupillaris his verbis: *Filius meus*  
*heres esto* si *pater meus heres erit*, &  
*si intra impubertatem decesserit*, *Sens heres*  
*esto*. En? ut casus istius substitutionis  
 evenisse dicatur, requiritur, ut filius hæ-  
 res existeret, & intra impubertatem de-  
 cesserit.

Verum hæc, si filium se hereditati non  
 immiscuisse, & consequenter heredem  
 non extitisse, sed ex beneficio Prætoris  
 se se ab hereditate abstinuisse & impu-  
 berem decessisse. Constat, ut quod istud, an-  
 tùm filius sit ipso Jure heres, & quidem  
 sine

sine omni suo testis, §. 3. *Inst. de hered. que ab intest. d. fer.* nudi scilicet heredes extintui, siue per hoc, quod filius sit ipsò jure heres, ita confirmetur tabulæ pupillares, ut substitutus ex causâ substitutionis hereditatem adire possit. Quam intricata sit, & confusa hæc controverfia, vix est, ut sit exprimi. Ego, ne rei difficultate legentis sensa prenam, breviter mihi expedit, atque fortiter teneo, existens, si heredes tabulæ pupillares ita confirmare, ut substitutus omnino admittendus sit. Ita tenent *Zoef. ff. h. t. n. 34. Perez. ad Cod. de impub. & alius subdit. n. 20. Huum. var. resol. lib. 2. traß. 6. quest. 16. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 12. ib. §. 4. C.*

Ratio sola, sed solida est, quia conditio substitutionis pupillaris est, si pater heres; at vero si heres etiam tunc heres extintus dicitur, si se abstinuit ab hereditate *L. cum quasi 30 ff. de fidei c. n. ff. lib. t. quia ipsò jure heres est, d. §. hered. que ab intest. defer.* Et morte patris non tam illa acquiri rerum paternarum dominium, quam in eum continuari dicitur *L. 11 ff. de lib. & post.*

Accedit, *l. 28 ff. de reb. aut. jud. possid.* ubi quævis pupillus hereditate patris abstinuisse proponatur, nihilominus tamen eo intra pubertatem mortuo, substitutus admittitur, & creditoribus paternis teneretur; quod frustra sanè adderetur, si non in tali casu ex substitutione pupillari substitutus admitteretur. *Perez. loc. cit.*

- 10 Effectus substitutionis pupillaris est: I. Quod substitutus pupillaris expressis continet tacitam vulgarem, quemadmodum supra quæsit. II. Quod per pupillarem substitutionem pupillo in pubertate decedente substitutus succedat in omnibus institutionis bonis, siue à patre, siue à

matre, siue à cognatis, siue à quocunque alio acquisitis, *L. 10 §. 2. ff. h. t. l. 59. ff. de acquir. hered. Perez. ad Cod. d. t. n. 29. Stenard. n. 5. III.* quod pupillaris excludat matrem, & omnes ascendentes per lineam maternam à successione sui *l. 8 §. 5. h. t. de moff. testam. cap. 1. de testam. in 6. Perez. loc. cit. n. 28.*

Q. II. An substitutio pupillaris expressa excludat matrem etiam à legitima?

Resolutive dixeris quod non, I. quia legitima debetur matri jure naturali *cap. si pater de testam. in 6.* in verbis: *sive patri jure natura debita*, ergo per substitutionem pupillarem ab illa nequit removeri, cum jura naturalia sint immutabilia, §. 11 *Inß. de l. N. G. & C.*

Quia filius, si nomine proprio testamentum condit, non potest matrem à legitima excludere. Nov. 115 *cap. 4.* ergo neque pater matrem poterit à legitima excludere, si nomine filii testamentum faciat; qui enim aliquid non potest facere per se, multo magis potest per alium *l. 10. Cod. de hered. inst.*

III. Quia legitima gravamen non recipit. *l. 32. Cod. de moff. testam.* atque per substitutionem pupillarem gravaretur in legitima, ergo.

IV. Quia privilegium alicui concessum non debet extendi in præjudicium alterius *l. 25 10. & 16. ff. de quid in loc. publ. sed quod pater filio suo pupillari possit substituere, est privilegium; ergo in præjudicium matris extendi non debet.*

Verum tenenda est sententia contraria, quam defendunt *Zoef. ff. h. t. n. 49. Perez. Cod. impub. & alius subdit. n. 29. Gomez. var. resol. tom. 1. c. 3 n. 7. Huum. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. ib. §. 4. C. Fach. lib. 4. cap. 41. Corp. p. 3. consil. 8. des. 1. Altmach. lib. 4. presump. 38. n. 29. Berlich 3. consil. 10. n. 20.*



Natur I. hanc Sententia. *secus l. 8. & l. 5. ff. de iuss. testament.* his verbis: *Sed nec impuberis, filii mater iustitiam testamentum dicit: quia pater et hoc fecit.*

Natur II. Formali *text. cap. si pater de testam. in 6 ubi in hac verba describitur: Licet autem filius testamentis suis matrem portione iure natura debita praeferre non possit, pater tamen in testamento quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum huiusmodi supersedere paternam, vel paternam potius partem est testamenti.* Sanè quid hoc textu illustrius adornari possit, non video: manet proinde vera, & immota nota sententia, ex hac potissimum ratione; quia minorum in filio impubere cessat ratio impietatis, utpote qui non dicitur testatus esse sed pater ejus nomine, qui non instituendo, & vocando uxorem, non dicitur contra officium pietatis fecisse.

Ad I. & I. Falsum esse, quòd legitima parentibus de iure naturæ debeatur *l. 7. ff. de iur. liberi.* ubi dicitur, quòd rationis considerationis parentes ad bona liberorum admittat. & II Legitima non dupliciter considerari posse I. Ut sui petendi alimentum II. Ut determinata non legibus portio non, l. oct. ergò primò sensu spectata, de iure naturæ dicatur debita, ad: quos per substitutionem pupillarem tolli non possit, tamen gobis nequaquam refragatur: enim vero ipsi nos tenemus, matrem alienam esse substituto, si se ipsam alere nequeat; sed illud negamus, quòd pater nomine filii impubers testamentum faciens, teneatur matri relinquere legitimam, quatenus sapienter determinata non legibus portionem. Ad II. & quòd illud procedat, & locum habeat, si quis faciat actum pro alio, nomine ejus, vel ex mandato: atqui in nostro casu pater non testatur nomine aut ex mandato filii, sed nomine proprio & ex

potestate patris, vigore ejus de bonis filii ita potest testari, ac si de bonis propriis disponeret, in quibus quoniam matrem præterire possit, non est dubitandum.

Ad III. & Matris legitimam gravari non posse à filio, sed à patre.

IV Eodem modo postuleretur; nullum enim matri præjudicium fieri dicitur utpote quæ à patre, seu marito suo non est instituenda.

### S. QUARATIONE I.

In hoc §. agitur de substitutione; ex-  
miseri, quæ exinde talis nuncupatur, quia ad si substitutionem & exemplum pupillaris est in iustitiamque illa, qui permissum est parentibus, qui mente capere habent filios, vel nepotes, cuiusmodi quæ secus vel gradibus etiam si puberes sint eis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere, puta, liberorum aut fratres, si quos habent, & his deficientibus extraneis, *text. hic. §. in l. 9. Cod. de iur. vel §. alius substit.*

Dicitur *l. parentibus*, puta, tam matri, quàm patri; non enim consideratur hac patria potestas, sicut in pupillari substitutione, cum ex ratione humanitatis & commiserationis inducitur sit, quæ ratio non minus obtinet in parente fratre nati, quàm masculi. *Schneid. b. c. Perre. loc. cit. n. 33.* Quod si uterque parens testatur, & substitutus non exemplarem faciat, tunc dispositio matris in bonis maternis, patris in paternis valitura est, *Zach. ff. de vulg. §. pup. l. sub n. 71. Perre. d. n. 38. Barthol. & Jafon. in l. 42. ff. b. 2.*

Dico II. *omnes personas* Non enim licet testatori in huiusmodi omnes omnino personas substituere; verum si mente capere habeat liberos, his substituat, necessi est, *d. l. 9. Cod. b. 2.* si liberos non habeat, tunc ejusdem fratres, aut sorores

sorores debet exemplariter substituere. In horum defectu, quas velit, poterit personas substituere. *Manz. hic. n. 8. d. l. 9.*

#### AD 5. SIM AUTEM.

13. Finitur exemplaris substitutio I quando furor vel morbus cessat; tum, quia cessante causâ cessat effectus, tum, quia tunc mente captus sibi ipsi potest facere testamentum. *Manz. hic. n. 9.*

Finitur II. Si filii nascantur ei, cui sic substituitur exemplariter, *Schneid. hic. n. 11.*

III. Si substituens testamentum corruit, & non adeatur hæreditas, *Zoeff. ff. loc. cit. n. 80.*

#### §. Igitur 2.

Quod si pater filio suo pupillariter substituit Q. *quod fuit testamentum, an novum an idem fuit?* &c. sub distinctione. vel enim consideratur testamentum quoad causam efficientem, materiam & effectum: & hoc casu videntur esse duo testamenta; quia, quot sunt personæ, & hæredes, tot esse videntur testamenta. sed sunt duæ personæ, & duæ hæredes; ergo. Vel consideratur quoad formam & solemnitates, & hoc casu patris, & filii testamentum pro uno habetur, *l. 20. ff. h. s. l. c.* VII. solummodo testes non XIV. requiruntur. *Manz. hic. n. 3.* Item ita una tantum falcidia de utroque detrahatur *Harp. n. 3. hic.* Item substitutus non potest unam hæreditatem ex testamento pupillari amplecti, & illam ex testamento paterno repudiare, sed utraque aut adire aut repudiare debet, *l. 20. §. filio 2. ff. h. s. Harp. loc. cit.*

#### §. SIM AUTEM 3.

14. Quandoquidem testator formidolosus esse possit, ne à substituto spe hæreditatis obducatur, insidias struantur im-

puberi instituto: Idem *Iustinianus* hic modum præscribit, & ostendit tenuissimam consilium ad subterfugendas insidias quas pupillo metuit. Consilium autem tale est: Pater vulgarem substitutionem palam & in primis testamenti partibus, ordinare & *scribere* debet hunc modò: *Silii meus hæres esto; si hæres non eris, Caius hæres esto.* Hoc casu Titus vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit. Non videt patre cum quid in testamento scriptum sit, ignoret. Non post mortem patris cum filio hærede existente, vulgaris substitutio prout exspirat. Postea si velit pater filio Titum etiam pupillariter substituere: h. e. in illum casum, quo filius hæres erit, & intra pubertatem moriatur, ut tunc Titus sit hæres, tunc suppetat hoc consilium, ut testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori, seu ultimi principalis testamenti parte scribere, eamque partem propriè laud, proprièque certè consignare, & in priori testamenti parte cavere debeat, ne tabulæ inferiores, sive pupillares aperiantur prius, quam pupillus mortuus fuerit. Itaque substitutione pupillari factâ pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Etenim vivò patre, nec quispiam ei insidiabitur, eoquod testamentum omne adhuc clausum est: neque etiam mortuò patre, quòd tota substitutionis pupillaris ratio ignoretur. *Harp. hic.*

#### AD 5. ILLUD PALAM.

Ex his verbis subsequ. colliges, quod si hoc consilium observatum non fuerit, testamentum nihilominus valere, quavis hoc pupillo valde periculosum sit. *Ratio:* quia *Imperator* hic nihil præscribit, nisi consilium; consilium autem neminem obligat, vel adstringit, sed cuique liberum est illud sequi, vel non. *Manz. n. 8.*

## §. NON SOLUM. 4.

Q. in hoc §. *An pater non solum heredibus institutus liberis impuberibus pupillariter substituere possit sed etiam exheredatus?* Ratio dubitandi I. quia, qui non est honoratus, non potest gravari; sed filius exheredatus non est honoratus, ergo. II Substitutio semper institutionem presupponit, at exhereditatio institutioni è diametro opponitur. Ergo.

- 15 Hoc non obstante *Imperator*, quod filio exheredato pater pupillariter rectè substituatur, v.g. hęc modò: *Titus heres esto; Marcus filius meus exheres esto; quia vite mea strenuus infidiosis tamen ante annum XIV. decedat, Sempronius ei heres esto.* Ratio in promptu est; quia substitutio fit non propter institutum nem, sed propter patrum potestatem: equi non minus est & mater in potestate, qui exheredatur. quàm qui instituitur. *Manz. Et H.p. b.c.*

Ad rationem dubitandi I. *Imperator* per substitutionem hanc, non gravari filium, sed potius honorari: honor enim est, ut is, qui per se hereditatem habere nequit, saltem per alium habeat, l. 24. ff. de acquir. vel amitt. heres §. h. m. b. l. c. Ad II. Respondo hoc casu substitutionem, exheredatq. filio factam, considerari respectu institutionis ut prioribus tabulis facta. Sunt enim quasi duo testamenta, unum patris, alterum filii: sic ergo, quod in testamento patris extraneus heres institutus sit, filius verò exheredatus: hoc casu rectè filio in posterioribus tabulis substituatur; hæc enim substitutio ab institutione priorum tabularum substituetur. *Harp. l. c. m. 3.*

*Dico.* Talis exheredato filio substitutus nihil habebit, ergo. *Imperator* quod habiturus sit bonis, quæ alienis vel a matre, vel extraneo, vel etiam à patre, aliis,

quàm heredis titulo ad filium pervenerunt, *Schemb. Et Manz. hic.*

## AD VERS. QUÆCUMQUE.

Quemadmodum in Institutionibus, ita & in substitutionibus posthumum pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent, l. 7. l. primi ff. de pæc. bon. substitutionem autem utilem esse liberis, & ad eorum commodum introductam, in consilio est. l. 2. l. 43. ff. de vulg. & pupill. subst. Hinc etiam posthumum substitutum pupillariter habere poterit, si instituitur. *Lex. l. c. Harp. num. 19.*

## §. LIBERIS. 5.

Hunc §. ut intelligas, repete, quæ in princ. l. 1. v. requiritur, scripsimus.

## §. VEE SINGULIS. 6.

Q. hîc, quot liberis substituatur? *Imperator* Si plures sint impuberes, vel singuli, vel qui eorum morietur ulmus, substitui possit. Si singulis substitutio sit facta, tum mentem eorum vult multatum decedere. Si novissimo, tum pater liberos sibi invicem ab intestato succedere, & ultimum testatum in se vult. *text. l. c. & in l. 37 ff. de vulg. Et pupill. subst. l. c.*

## §. SUBSTITUITUR. 7.

Q. hac, quot modis substitutio pupillari sit fieri possit? Ad quod *Imperator* duobus modis; nominativum & generaliter. Nominativum ita. *Titus filius meus in hi heres esto; Et si heres erit, Et impuberi decesserit, Cajus heres esto.* Generaliter verò sic. *Quicquid mihi heres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti heres esto.* Sed quare traditur hic ista divisio? *Imperator* quia substitutio generalis operatur quoddam effectus, quos nominativum facta substitutio non operatur.

Sed quisnam sunt illi effectus? *Inter alia* hic tres enumerat. I. Est, quod si o impub. et de mortuo illi licet succedant, qui sunt scripti heredes, non etiam horum heredes: ratio, quia de his testator non sensit. *Harp. n. 2.*

Dices: Hæres s hæres est etiam testatoris hæres, *l. fin. Col. de hered. mil.* ergo hæres hæredis scripti etiam succedit pupillo. *¶ aut.* procedere ubi non singularis erga primum hærede affectio spectatur, quam in præfenti casu esse censetur, *Harp. n. 3. Manz. num. 6.* ubi adhuc aliter resp. id.

II. Effectus est, quod ex institutis hæredibus illi tantum impuberi succedant, qui existerunt. Quod, ut plinius si r, ponamus hoc exemplum Testator instituit *Petrum & Paulum*, deinde dixit: *Quisquis mihi heres erit, etiam filio meo in impubertate decedente hæres esto* Paulus repudiat suam portionem, & testatori non vult hæres existeret postea sorem mortuo impuberi succedere, forte ideo quia impuberis hæreditas non est ita onerosa, sicut patris. Quæstio est, *an pressu impuberi succedere?*

Dixeris, posse; quia fuit hæres scriptus à patre. Sed contrarium statuit hic Imperator, & in *l. 8. §. 1. ff. de vulg. & subf.* cujus ratio esse videtur: quia beneficio testatoris, & ejus substitutione indignus est, qui propriam ejus hæreditatem, & illi fortè conjuncta onera negligit, & respuit.

Ad rationem dubitandi resp. licet hæres scriptus, si tamen verè non fiat hæres, quod fit aditione hæreditatis, pro non scripto habetur. Aliud est, si quis nominatim pupillo substitutus sit, tunc enim eveniente casu substitutionis hæreditatem pupilli consequitur, etiamsi paternam repudiaverit, *l. 10. §. filio ff. de r. Manz. n. 11* Quod procedit, si pupillus sit

*See ad Dyktuta,*

hæreditati paternæ necdum immiscuit: nam si pupillus senui se immiscuit, tunc quia utraque hæreditas in unam coalescit, verius esse existimo, paternam repudiare non posse. *Schamb. hic. §. quærit.*

III. Effectus est, quod pro ea parte filio succedunt, quæ heredes scripti sunt, quia partes adjectæ in institutione censentur repetitæ in substituto. Aliud est, si quis nominatim substitutus fuisset, tunc enim vicalem, æqualemque partem habebiturus esset, non eam, quam in institutione habuit. *Harp. num. 5. Manz. num. 14.*

### §. M A S C U L O 8.

Q. hic, *Quomodo substitutio pupillaria fitiatur?* *¶* I. Pubertate, i. e. apud masculos XIV. apud feminas XII. annis *l. 14. ff. de i. Ratio:* quia tunc ipsimet sibi vim testamentum facere possunt. II. Emancipatione, quia, ut supra dictum, & mortis, & testamenti conditi tempore requiritur, ut sub potestate is sit, cui hæc substitutio facta est. III. Corruente in totum testamento paterno; tum enim principali sublato, corrumpit & accessorium. IV. Si hæreditas ex testamento paterno non adeatur, & institutus sit extraneus. V. Lapsò tempore, si tempus substitutioni restrinxerit ad pauciores annos, *l. 23. ff. de ad. VI.* Si substitutus moriatur ante impuberem; quia, cum nihil adhuc juris habeat, nihil transmittere potest, *l. 42. ff. de A. R. D. Schamb. hic. Schneid. n. 19. & seqq.*

### §. E X T R A N E O F I N.

Licet filio impuberi, quem in potestate quis habet, ita substituere possit, ut, si hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit, alius sit hæres; attamen extraneo non licet pupillariter substituere. Neque filio puberi hæredi instituto di-

X x

rechi

rectis verbis pupillariter substitui re, dicendo v. g. *Filius meus heres esto! si heres erit, & intra XX. annum decesserit, Caius heres esto!* Ratio quoad extraneum: quia hæc substitutio pendet ex voluntate patris: ratio quoad puberem, quia pubes ipsi sibi testamentum facere potest, *Muz. num. 3. Dixi diversa verba:* nam per fidei commissum id fieri potest. *l. 41. § 3. ff. eod.* quod casu detracta Trebelliana reliqua testamenti tantum, non etiam alia bona ad fidei commissum perveniunt. *d. §. 3.*

Præter recensitos substituendi modos est adhuc una substitutio, quæ dicitur compendiosa, non tam formâ substantiali, quam accidentali differens ab aliis, continens sub verborum compendio diversas substitutionum species, plura tempora, pluresque ætates, v. g. *Filius meus heres esto! & quandocumque decesserit, Mevius heres esto, ubi comprehendit vulgaris, si filius hæreditari non immicuerit; & pupillaris, si hæres erit, & impubes decesserit.*

## T I T U L U S XVII.

## QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

## S U M M A R I A.

## R U M P I T U R. I.

- 1 Quando dicatur rumpi testamentum?
- 2 Agnatio alia naturalis, alia civilis.
- 3 Testamentum prius rumpitur per posterius.
- 4 Si posterius sit perfectum.
- 5 Irritum fieri quando testamentum dicitur?
- 6 Item quando iniustum?
- 7 An solâ nudâ voluntate testamentum infirmatur?
- 8 An Principem, litis causâ liceat habendam infuturæ?

## C O N N E X I O.

**H**ucusque dispeximus, qualiter testamenta hanc, eoque non verò nihil sub soletum, labile sit, aut firmum, quis quandoque rumpatur, aut dissolvatur, sed *Loveretor* nunc exponit, quibus modis testamentum rite facti rursus infirmantur.

Infirmatur autem testamentum duobus modis: aut enim rumpitur, aut irritum constituitur, *princ. hic.* Rumpi dicitur testamentum tunc, cum in eodem statu manente testatore testamentum vitatur. Quod fit aut agnitione sui hæredis, aut posteriori testamento.

Agnatio autem duplex est; alia Naturalis, alia Civilis. Naturalis est, quando post mortem testatoris, vel post absolutum & perfectum testamentum aliquis naturaliter nascitur. *M. 12. hic. n. 2. & quin tali agnitione testamentum rumpatur, dubium non illi non recipit, L. 1. l. 3. l. 8. ff. h. s. Schenck. h. c. num. 10.* Quod si tamen posthumus ex una testatoris decedit, non rumpit testamentum. *l. 4. ff. h. s. num. Schenck. h. c. num. 10.* Secus est, si posthumus post mortem testatoris nascitur, & illuc deest *Ja. 1.* nam in hoc casu is illo momento, quò un. is est, patris hæres existit, & si moriatur, per quæscumque itam ad hæres ab intestato transierit.

*Clung.*

*Ching. q. 4. b. t. §. Possibim, 1. de exhered. lib.*

Agnatio civilis illa dicitur, quando testator post factum testamentum acquiritur si cum legitimum h. e. sibi arrogavit aliquem, aut a seipso unum ex suis descenditibus, qui in potestatem & familiam adoptantis transit. Nam adoptatus ab extraneo, licet ei i. s. adoptanti ab intestato succedat, non tamen tenetur a iustis ou u hæredem instituere, l. 10 §. sed ne 2. Cod. de adopt. Ratio est: quia necessitatem operatur sustinere, atqui extraneus adoptatus non est suus: quia non transit in potestatem adoptantis, §. 2. hyl. de adopt. ergo. Manz. §. 5. n. n. 21. de exhered.

Jam in hoc §. disponitur, quid agnatione civili haud aliter, quam agnatione sui hæredis testamentum rumpatur. Ratio: quia suus hæres, qui se præteritum in testamento reperit, illud agnatione rumpit: atqui is, qui arrogatur, vel ab ascendente adoptatur, suus hæres sit; ergo &c.

#### §. POSTERIORE 2.

- 3 II. Prius testamentum rumpitur per posterius jure perfectum, & omnibus solemnitatibus instructum. Ratio quia posteriora derogant prioribus. L. fin. ff. de Const. princip. & nemo paganus cum duobus testamentis decedere potest, l. 7. ff. de R. J. Debet autem posterius testamentum ricè, & legitumè esse confectum: nam unum quodque ad modò dissolvitur, quo colligatum est. l. 35. de R. J. Et non præstat impedimentum, quod de jure non fortitur effectum, e. non præstat, § 2. de R. l. m6. sed testamentum imperfectum de jure non fortitur effectum, quia nullum est. §. 7. h. t. ergo.

Limitatur I. Si il faciat mil. s. l. 36. §. fin. ff. de testam. unis. hujus cuim

prius testamentum per posterius non rumpitur: ratio exceptionis est, quia militi plura testamenta tacere, & hæredem ex parte instituere licet, quod pagano non permittitur. Harp. n. 4.

Limitatur II. Ut per testamentum posterius imperfectum, prius perfectum rumpatur, si in priori extranei hæredes instituti sint, & in posteriori. Aurb. hoc inter. Cod. de testam. Ratio: quia testamentum parentum inter liberosum suo genere perfectum est, Schamb. hic.

#### AD V. NEC INTEREST.

Quid si ex secundo testamento nullus hæres extiterit, rumpeturne tamè prius? R. Imperator prius rumpi, siue extiterit aliquis hæres ex secundo, siue non extiterit; Ratio est in textu, quia hoc solum spectatur, an aliquo casu ex stereo poverit: deinde aditus hereditatis non pertinet ad perfectionem testamenti, sed tantum ad ejus exitum & effectum. Manz. hic. n. 6. Itaque si institutus in secundo testamento aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adierit, decederit aut conditio illa, sub qua hæres institutus est, non extiterit, prius testator morietur intestatus. Manz. & Harp. hic.

#### §. SED ET SI 3.

At quid Juris, si in secundo testamento aliquis hæredem instituat duntaxat in certa a'ia re, puta, in d' mo, in fundo T. scilicet &c. Oixeris n h locum rumpi testamentum, text. h. & in l. 20 ff. ad Sc. Trebell. idem enim est, ac si ex tota hereditate scripsit esset. 10. ff. de hered. l. hyl. cum nemo paganus partim testatur, partim intestatus d. cadere possit. Quid adeò verum, ut si licet in posteriori testamento a'ia sit clausula: Solo

*namque, ut prius testamentum valeat: prius tamē per posterius necessariō adhuc rumpitur, l. 12. § fin ff. de iust. rapt. Et irritis, facti. testam.*

Verūm ne talis voluntas & clausula omni effectu destituatur, rescripterunt divi Severus & Antonius in d. l. 29. ff. ad Sc. Trebell. ut valeat per modum hereditatis, ac si testator dixisset: *Rogo autem te, ut hereditatem restituis heredi scripto in testamento primo.* Unde hæres ille cogitur hære litatem restituere hæredi in primo testamento scripto, debetque contentus esse rebus sibi assignatis, aut si ex quartam hereditatis non efficiant, deducit quartam Trebellianicam, quæ ex F. C. detrahi solet, ut infra videb. Manz. Et Schneid. hic H & nus de testamento rupto; seq. de irritis.

#### §. ALIO AUTEM. 4.

§ Irritum fieri dicitur testamentum per capitis diminutionem, quando scilicet testator per conditum testamentum patitur aliquam capitis diminutionem, non solum maximam, ut quando civitatem, & libertatem simul amittit, quia condemnatus est per sententiam ad mortem naturalem: sed etiam mediam, quando retentâ libertate civitatem amittit, quia condemnatur ad mortem civilem, Et deportatur. Ratio, quia res venit ad eum statum, à quo non potest incipere: id est, testator in eum statum deductus est, quo non potest facere testamentum. Nam servus, & is, qui civis non est, testari nequeunt, cum juris civilis communem onem non habeant, Schneid. hic n. 7. Manz. ibid. Minus capitis diminutionem quoque atinet, circa eam tres casus sunt considerandi; videlicet, emancipationis, adoptionis, Et arrogationis.

Emancipatione testamentum de bonis castrensis factum non fit irritum, l.

6. §. ult. ff. de iust. rapt. Et irritis, facti. testam. Ratio quia etiam ante emancipationem respectu horum bonorum pro patrefam, reputabatur, l. 2. ff. ad Sc. Maced. Adoptione sive ab extraneo, sive ab ascendente facta testamentum non fit irritum, quia semper de peculio castrensi libertatem habet testandi facultatem. Schneid. hic n. 8.

Arrogatione ergo solâ testamentum fit irritum: Ratio dilucida est: quidando se in arrogationem testator, non sibi iuris, cum capite fortunam quoque suam in familiam, & domum aliam transfert, sicque res eum in casum venit, à quo incipere non potest. Harp. n. 8.

Obj. si aliquis adoptatus sit ab ascendente testamentum de castrensis factum non rumpitur, licet familiam mutaverit, ergo etiam arrogati testamentum de castrensis confectum non rumpitur, licet mutet familiam & neq. conf. quia arrogatus non dicitur habere castrense peculium, sed quidquid habet, habet jure proprio & patrociniis proprio, quod in arrogantem transfert.

Dicit: Ob furorem, sordiditatem, & profligatitatem supervenientem testamentum facta non irritantur, quamvis in eum casum reducantur, à quo non potuerunt incipere, ergo neque propter supervenientem filiationem. Et in priori casu tantum intervenire suspensum facti, in posteriori vero juris. Ea autem, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris. Manz. n. 14.

#### §. HOC AUTEM. 5.

Pro intellectu hujus §. notandum: & quomodo testamentum iustum, raptum, & irritum invicem distinguantur Inustum dicitur testamentum, quod ab invito non valet, quia non jure factum est præter omnes solennitates requisitas. Raptum vero

verò propriè dicitur, quod ab initio quidem valet, sed ex postfacto infirmatur manente tamen testatore in eodem statu. Irritum verò propriè dicitur, quod etiam ab initio valet, sed ejus vi, ac jus infirmatur propter mutum testatoris statum, & licet per casum in persona testatoris contingentem ad nihilum reducitur. Dissi proprie, quia testamentum injustum etiam subinde irritum vocatur, &c. *Schneid. §. 4. n. 4.*

#### §. NON TAKEN. 6.

Dictum est capitis diminutione testamentum rumpi, sed quid, si capite diminutus recuperat pristinum statum, reconvalescatne testamentum? Sane de rigore juris civilis non reconvalescit, quia, quod semel evanuit, non amplius reconvalescit, & a prius tunc ad habendum non datur regressus, *Minz n. 3.* De jure tamen prætorio, non per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta per capitis diminutionem sunt irrita facta. §. 6. h. t. Nam si debitis solennitatibus constent, & septem ligaturis signata sint, & testator tempore mortis iterum civis, sui que Juris fuerit, tunc potest scriptus hæres hære licetatem consequi, per bonorum possessionem secundam tabulas. Ratio hujus est in mera equitate posita, quam prætor semper ubi oculos habet. Ratio alia assignatur a *Manz. hic. n. 4.* ubi ait: quod Prætor duo tempora inquirat, nempe con hoc testamenti, & mortis, medium autem non curat, juxta regulam: *Habuit extrinseca se nec hoc non curatur* l. 6. §. 2. ff. de hæ. ed. inst. Ex his ergo deducet, quod si, si c. v. Romanus testamentum fecerit, postea autem peregrinus factus sit, ante mortem verò civitatem iterum recuperaverit, & civis factus fuerit. Vel si qui testatus non factus arrogandum se probavit, & postea sua

juris iterum factus fuerit, quod inquam, hoc casu testamentum reconvalescat, & quidem de Jure prætorio. Excipiuntur tamen duo casus, quibus etiam de Jure civili reconvalescit testamentum.

I Est, quando aliquis capus est ab hostibus, & postea revertatur, tunc enim propter fictionem juris postliminii, quam jus civile introduxit, reconvalescit testamentum ipso jure absque nova testatoris voluntate. Quod si autem apud hostes decedat, per fictionem legis Corneliæ ejus testamentum conservatur, quæ singulis momentis decessit, se testatorem, quod capus est. l. 1. §. 1. pen. ff. de injust. rupt. Et irrit. fact. testam.

II. Casus est, quando maximam vel mediam capitis diminutionem passus, plebiscitis ex indulgentia Principis restituitur, tunc reconvalescit testamentum ipso jure. Ratio quia ita restituitur juris civilis est, & princeps non utitur jure prætorio. d. l. 6. pen. *Schneid. hic. n. 3.* Et 4<sup>o</sup> Multum autem refert, an jure civili, an prætorio testamentum reconvalescat. Quis si jure civili reconvalescit hæres intra XXX. annos hæreditatem adire potest. l. 8. Cod. de jure delib. Si verò jure prætorio hæres possessio infra annum agnoscenda est a liberis, ab agnatis verò Et cognatis infra 100. dies. l. 1 § largius ff. de success. edit.

Q III. An nova voluntatis declaratio requiratur ad hoc, ne reconvalescat testamentum a<sup>o</sup> communiter sub distinctione. Vel enim mutatio status erat voluntaria, vel, uti quando conditio testamenti se arrogandum sed et: vel necessaria, veluti quod si pulsus est maximam vel mediam capitis diminutionem Si prius, novam declarationem, vel in codicillis, vel aliis literis a curam V. testibus factam requirunt Si posterior, ipso jure reconvalescit testamentum sine nova voluntate. Ratio



*differentia* quia quando invitus quis mutatur statum, non videtur sic mutare voluntatem, sicuti si volens statum mutat. *Perex. Inst. hic. n. 4. hic.*

Hactenus dicta procedunt de testamento scripto, non verò nuncupativo, in quo hæc confirmatio locum non habet, cum careat solemnitate Juris prætorii. *Perex. Inst. hic. Schneid. n. 4. hic.*

### §. EX EO. 7.

- 7 Inquit hic Imperator, testamentum jure factum, neque nudâ testatoris voluntate, ut si dicat: *nolo testamentum meum valere*; neque imperfecto posteriori testamento infirmari, *text. hic. §. l. 2. ff. de inst. r. p. §. 1. et 2. ff. de testam.* Ratio quia nudâ & solâ voluntate non conficitur testamentum; ergo nec tolli poterit nulla voluntate: naturale enim est, unumquodque eò modò dissolvi, quò colligatum est, *l. 35. ff. de R. J.* Ratio autem, cur testamentum prius jure factum, non infirmetur posteriore, est quia non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *e. non præstat, de R. J. m. 6. & nihil actum videtur, dum aliquid ex his, quæ ad actûs substantiam pertinent, agendum superest, l. 15. ff. Cod. de her. quib. ut indig. Maza. num. 5. hic.*

Quod si voluntati etiam simplici accedat aliquod factum, puta, quia testator *velit, incidit, concessit vel sigilla revellit*, tunc testamentum infirmatur, cum in his naturaliter testamentum scriptum constat, *l. 30. Cod. de testam.* Idem est, si testator coram tribus testibus dixerit.

se nolle prius testamentum valere, antequam decennium lapsum sit, tunc nudâ h. c. contrariâ voluntate infirmatur testamentum, *l. 27. Cod. de testam. Maza. n. 9. §. 1. h. u. hic.*

### §. EADEM RATIONE FIN.

Pro faciilitando hujus §. intellectu, observa I. inter homin. s. frequenter ficti, ut iis, qui sibi ab altero in re aliquam sitim timet, aut controversiam, eam data operâ distringat in potentiorē, ut nimirum causam adversari durius redderet; quod ipsum cùm Prætori, qui semper æquitatem habet ob oculos, iniquum videretur, idēd edicto proposito vetuit, ne quis judicis mutari si causâ alienationem faceret, *l. 3. §. tot. tit. ff. de alien. jud. mutand. causâ.*

Observe II. Quod h. c. edictu Prætoris non obstante potuerit aliquis in religiosa hæredem instituere, vel eam alteri legare, *l. 8. §. 3. ff. Cod. Sed jam*

Q. An liceat principi in his causis heredes instituire? R. quod non. Imperator enim Pertinax constituit, se non admissurum hæreditatem ejus qui h. c. causâ principem relinquit hæredem. *text. hic.* Hæc enim constitutio non videtur esse extra perniciam.

Sed quid juris si principi in testamento minùs solenni, imperfecto, hæreditas, legatum, aut fideicommissum relictum sit? R. neque debet hæreditatem, neque legatum, neque fidei commissum. *text. hic m. l. 23. ff. de leg. 3. junctâ l. 3. Cod. de testam.* tamen enim princeps solutus sit, legatus tamen dicit se vivere.

## TITULUS XVIII.

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

## SUMMARIA.

- 1 Quid sit querela inofficiosa?
- 2 Quibus competat?
- 3 Fratribus non competat, nisi turpis persona instituta sit.
- 4 Arrogato an, Et quando querela competat?
- 5 Item quando naturalibus tantum?
- 6 Qui legatum ex testamento accipit, querela non perdit.
- 7 Limitatur in tutore.
- 8 Secus in advocato.
- 9 Legitima hodie titulo institutionis relinquenda.
- 10 Nisi sit legitima fratrum.
- 11 Distinguitur legitima.
- 12 Quanta sit legitima?
- 13 Quibus debetur?
- 14 Natura rei tantum liberis à patre non debetur.
- 15 Secus à matre.
- 16 An foris in eo debeatur?
- 17 An statuto, aut consuetudine solvi possit.
- 18 Legitima est quota bonorum.
- 19 Diluantur obiectis.
- 20 Legitima augeri possit?
- 21 An in ea fieri possit subiectio?
- 22 Quo titulo re in ea dicatur?
- 23 Ex quibus bonis datur?
- 24 An in pecunia numerata reffe assignetur?
- 25 Legitima non debetur, nisi post mortem.
- 26 Quo impetretur in legitimam?

## TRANSITIO.

Vltro, qualiter ipso iure ritè facta infirmantur, sequitur qualiter per sententiam & officium iudicis mediante querela inofficiosa rescindantur.

## AD PRINCIP.

Quandoquidem frequenter usu venit, ut parentes novercalibus delinimentis, & instigationibus permoti liberos suos iniuste exheredent, aut praterant, quod verbum de prateritione materna intelligitur tantum facit, quantum exhereditatio patris, ut dicitur §. fin. de exhered. lib. verorum. ideo apprimè necessarium fuit, remedium aliquo juris, liberos injuriæ affectos munire, l. 2. Et 4. ff. de inoff. testam. Quod remedium vocatur querela inofficiosa testamenti, quasi contra officium paternum facti, & communiter describitur defuncti accusator, quasi à non lince mentis testatore contra officium pietatis factum: & petitur, ut testamentum relictæ hereditas scripto heredi offeratur, & adjudicetur actori tanquam proximo heredi ab intestato. Perez. luy. 61.

## §. NON AUTEM I.

Qui in hoc §. quibus querela inofficiosa testamenti competat? & 22. eam competere non tantum liberis contra testamentum parentum, verum etiam vice versa parentibus contra testamentum liberorum, cum is non minus pie, turbato mortalitatis ordine bona liberorum debeant, quam liberi parentum, ut scilicet habeant aliquod hunc orbitatus suatum, l. 15. ff. de i.

De Jure Austriaco, siue liberi parentes suo silentio præterierint, siue in ius exheredes erunt, hi nullum contra liberorum testamentum habent remedium, cum nec legitima Jure Austriaco parentibus debeatur. *Fensterwald. l. 2. obs. 119. per tot. Sutting in manuscript. lit. E. v. Erb-schafft in aufsteigender Linie, Walter de Jure consuetud. lib. 3. tit. 4.* Quod ipsum, an in principia naturalia non impingat, alibi excutiemus.

#### AD V. SOROR.

3 II. Competit etiam querela inofficiosi testamenti fratribus & sororibus. Intellige consanguineos & germanos, non vero uterinos, l. 27 Cod. h. t. Quod procedit, si turpis persona sit instituta, & nulla ingratitudinis vel turpitudinis causa possit fratri imputari. Concordat *Suttinger in manuscript. lit. T. v. Testamentum, illis verbis: Keiner ist seine Brüder oder Schwestern zu instituiren schuldig; modo non turpem personam instituat.*

Dico autem I. *Fratribus & Sororibus.* Excluduntur promde ulteriori, ut fratrum filii; nam hi testamentum patris querelare non possunt, l. fratris 21 Cod. h. t. Dixi II. *Si turpis persona sit instituta,* quales sunt *meni, arenarii, meretrices, foras, excoriatores equorum, lufares,* &c. *Manz. n. 14.* Dixi III. *Et nulla ingratitudinis causa,* &c. sunt enim tres causæ, ob quas etiam licet exheredare fratrem turpi persona instituta, quas supra sit. 13. enumeravimus.

#### AD V. ULTRA.

Reliqui collaterales, ut jam dixi, hanc querelam non habent; melius proinde faciunt, si se sumptibus inanibus non vexent, cum obtinendæ victoriæ spem nullam habent, l. 1 ff. h. t. Ratio quia hæc querela aliquo modo odiosa est, ac-

cusans testatorem quasi dementem, ac proinde non extendenda. *Manz. n. 20. hic.*

#### §. JAM AUTEM.

Q. in hoc § quibus liberis detur querela inofficiosi? ad hoc R. *Imperator*, quod non tantum liberis detur ex iustis nuptiis procreatis; sed etiam adoptivis, putatis, qui ab ascendente adoptati sunt, & in potestatem adoptantis transeunt. *Manz. hic.*

Q. An arrogato querela inofficiosi competat, si sine iusta causa exheredatus sit? R. *Si impubes sit negative*, quia hic ex constitutione, §. 3 de adopt. l. 8. §. 15 ff. h. t. *Si pubes sit, affirmative* cum huic aliud remedium non competat. *Schub. hic.*

Naturalibus liberis tantum contra testamentum patris querela non datur bene vero contra testamentum matris, l. 29. §. 1 ff. h. t. Ratio quia mater certa est. *Manz. n. 5. hic.* posthumi dari querelam, *actus* quodem hic asserit, sed ipsum non est extra dubium aleam, cum de jure novo, si fuerint præteriti, rumpunt testamentum, si vero exheredati, jus dicendi nullum habeant. De quo alibi.

#### AD V. SI NULLO.

Querela inofficiosi tunc tantum competit, quando nullo alio jure ad defuncti bona perveniri potest. Hinc, quialiquo alio jure ad jura defuncti pervenire potest, à querela excluditur; habito enim remedium ordinario, ad extraordinarium recurrendum non est. l. 16. ff. de minor. sic filius, præteritus à patre, querelam non habet, cum per jus dicendi nullum ei consultum sit. *Schub. hic.*

#### §. SED HÆC ITA 3.

Pro intellectu hujus §. observa, de jure antiquo querelam inofficiosi semper locum

locum habuisse, G filius non habuerit totam & integram legitimam ex testamento relictam. Verum *Imperator* ius votus exulare iussit, atque statuit, quod in casu, quo filio integra legitima relicta non est, cessante querela inofficiosi ad supplementum agere debeat, per actionem, quæ vocatur *condictio ex lege, text. in l. 30. Cod. h. t. Concordat Sittung loc. cit. §. legitima. Die Kinder &c. i. e. Liberi paternum testamentum ob non integram legitimam relictam non possunt evertere sed solum ad supplementum agere.*

## §. SI TUTOR. 4.

6 Indubitati juris est, eum, qui testamento, in quo præteritus (intellige præteritionem matrem) vel exheredatus est, legatum accepit, aut quoquo modo, sive scilicet, sive dicto iudicium defuncti agnovit, & e improbat, ad querelam inofficiosi testamenti amplius aspirare non posse, *text. in l. 101 §. 12 ff. h. t. juncta l. 9. §. 10. Et l. 23 §. pen. ff. cod.* Ratio est, quia quod quis semel approbavit, amplius reprobare non potest. *Harp. luc. u. t.* Hoc si p. dicto p. capu huius §. ponitur talis casus: Cornelius fecit testamentum, & legavit Titio pupillo 100. si suum autem suum, qui tutor erat Titii, omnino exheredavit, opposita quidem ingratitudinis causa, sed non probata. Filius tutor Titii sui pupilli nomine ex testamento patris legatum accepit.

Quæstio oritur. *Nam possit deinde adhuc suo nomine testamentum querelari?* Ratio dubitandi ex dictis confurgit, quia, qui patris voluntatem semel approbavit, eam postea per querelam inofficiosi evertere, incassum laborat.

7 Sed, hoc non obstante, sancit *Imperator* in nostro §. quod de inofficioso adhuc agere possit: ratio, quia non agnovit *Esus ad Infimam.*

suo nomine, sed alieno, & nomine tutoris neque sibi legatum accepit, sed pupillo, idque ex necessitate officii, quod utique ipsi damnosum esse non debet. *Mann. n. 5.*

*Dices:* si advocatus nomine tertii, i. e. alieno nomine legatum petat, non potest ex postfacto contra illud testamentum querelare per, *apert. text. l. fin. ff. h. t.* ergo neque tutor. *Ung. consueq. differentia* ratio est, quia si advocatus obligatus non sit ex necessitate officii agereditur tutor obligatus est. Leges autem magis favent eis, qui coacti munus subeunt, quam qui sponte, *l. 7. §. 1 ff. qui famul. r. q.* Hinc si & advocatus iussu Magistratus patrocinium præstiterit adhuc querelare poterit, *l. 5. §. advocatus ff. de bus, jure ut mag. Schweb. hic. Mann. n. 6. Harp. n. 6.*

## §. SED SI. 5.

Casum præced. §. *Imperator* hic invertit. Illo enim superiori §. tutor erat filius exheredatus, & pupillus erat legatarius. Hoc §. pupillus est filius exheredatus, & tutor est legatarius. Proinde Q. quid si Titii pupilli pater fecerit testamentum, & Titium exheredaverit, Sempronius autem tutori scripto aliquid legaverit, deinde vero Sempronius tutor pupilli sui nomine de inofficioso egerit, & succubuerit, potestne tamen tutor Sempronius legatum sibi in eodem testamento relictum petere? Ratio dubitandi: quia qui semel testamentum accusavit quasi inofficiosum, sique iudicium defuncti impugnavit, nec obtinuit, perdit legatum, & fideicommissum in illo relictum, idque quasi indigno ablatum vindicatus fisco, *l. 8. §. 14 ff. h. t.* At hac dubitandi ratione non obstante, decidit *Imperator* hic, quod legatum non amittatur, quia officii necessitas, & tutoris industria excusata esse debet, *l. 22 ff. de his, quæ ut indig. Harp. hic.* Hodie etiam

in casu, quo tutor obdiuit pro pupillo, legatum consequatur, refunditur enim hodie sola institutio, cetera namque firma manent. *Auth. ex Cens. Cod. de lib. prater.*

### §. ICI TOR FIN.

- 9 Olim de jure antiquo legitima potuit relinqui quocunque titulo sive jure Institutionis hereditaria, sive nomine legati, vel fideicommissi, vel ex donatione mortis causa, *text. in l. Verum hodie de jure novissimu non sufficit filium habere legitimam quocunque titulo, v. g. donat. troni, legat., &c.* sed debet eam habere jure Institutionis. *Nov. 115 c. 3* quia titulus institutionis est honorabilior titulo legati, vel donati, *l. 5. §. sed est portio. ff. de legat. praeclaud.* Item multo quoque ubior est propter sui accrescendi, nam si filius fuerit institutus & acceperit aliquem cohæredem, si cohæres hereditatem repudiet, hac accrescit filio; quod secus foret, si titulo singulari legati scilicet, vel fideicommissi legitimam haberet. *Harp. n. 5 hoc. Et Schmid. n. 4.*

*Obi Nov. 18 cap. I* ubi in hæc verba rescribitur: *sive quis institutionis modo, sive legat., sive fideicommissi legitimam liberis reliquerit, non tamen eversus testamento* & hæc *Nov. per alteram Nov. 115 cap. 3* correctam esse. Prior enim promulgata est anno à partu Redemptoris 536 postior vero anno 541. *Mans. tract. de testam. tit. 12. q. 13. n. 2.* De jure Austriaco quid hac in re obtineat, paulo post in fine hujus tit. audemus.

- 10 Limitantur dicta in legitima fratrum & sororum quæ quocunque modo & titulo recte relinquuntur. Ratio quæ in *Nov. 115*, tantum de legitima liberorum & parentum correctio habetur, non etiam de legitima fratrum. Correctiones autem utpote odiosæ non facile sunt extendendæ. *Glossa Joh. quæst. p. 2. q. 10. n. 39.*

### AD 5. QUOD AUTEM.

Illud ex hoc 5. collige, quòd una dumtaxat quarta (hodie, quæ legitima instita est, unus triens vel semis) relinqui debeat, sive unus fuerit, sive plures, quibus de officioso agere permittitur.

Verum hæc ipsa de legitima materia & gradum hæc sistere, ac prolixiori in ejus explanationem calamo excurrere jubet, tum quod à scientia videatur necessaria, tum quod ab utilitate nulli sit postrema. Itaque concinne dixerit, quòd legitima sit determinata legibus portioni ab intestato debita sive ejus quod jure legitimæ successionis ab intestato habuimus esset, *l. 2. l. 31 Cod. b. c. l. 8. §. 6 ff. cod. Berich. conclus. 11 part. 3. n. 1* Dicitur ab intestato debita quia legitima mensuratur juxta successionem ab intestato, ita ut si quis succedat ab intestato in universam hereditatem, legitima sit triens, vel semis secundum quantitatem & multitudinem liberorum totius hereditatis; si vero quis ex testamento, vel lege municipalis ab intestato tantum in medietate hereditatis succederet, tunc legitima tantum est triens, sive tertia illius medietatis hereditatis. *Mans. tract. de testam. tit. 12. q. 3. n. 2 Card. Tusch in l. conclus. 183. n. 38* ubi inserti, formam ex statuto à successione ab intestato exclusas, etiam à legitima removeri.

Opponit De Jure Austriaco filii provinciales patri suo ab intestato non succedere, nisi in mille; de qua portione si legitima assignanda foret, unius modici numus futurus esset legitima & ista mille filiabus, nomine legitimæ, assignari, ex legitima autem non constitui iterum legitimam; adeoque regulam memoratam procedere de successione in partem hereditatis, quæ major est legitimæ.

## QUANTA SIT LEGITIMA?

12. Hic jus vetus discernendum est à jure novo. Jure veteri quantitas legitimæ erat quadrans, sive quarta pars hereditatis, *l. 1. §. 6. Et §. ff. de leg. 1. c. de leg.*

Jure novo aucta est legitima, ac refertur ad quinque quatuor liberi, aut pauciores quam quatuor. Illis debetur triens, sive tertia pars hereditatis. His semis, sive media pars hereditatis. Nov. 18. c. 1. Quantitas legitimæ his versiculis comprehenditur.

*Quatuor aut infra dantur natæ Jura Trinitæ.  
Semissem vero dantur etis quinque vel ultra.  
Arbitrium sequitur substantia cætera patris.*

Potro an liberi, qui parentibus non succedunt, in numero liberorum sint censendi ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui succedunt, non hujus loci esse duxi, ne nimium excurrat. Vide *Berlich p. 3. conclus. 12. l. a. b. lib. 4. cont. 31. Zoef. ff. b. l. n. 87. Manz. nt. 12. q. 4. n. 4. Guil. lib. 2. obs. 122. n. 16. Gomez. l. r. r. sol. tom. 1. cap. 1. n. 22. Cord. Tusch. l. l. L. conclus. 208. n. 67. Glessile sels. q. nesi. 10. p. 2. n. 10.*

## QUINUS DEBEATUR LEGITIMA?

13. Legitima debetur liberis, *l. 7. ff. de bon. damnat.* Naturalis enim ratio liberis parentum hæreditatem adjicit, & filius dicitur quasi creditor in legitimam suam. *Cod. famul. h. r. r.*

Ampliat, ut procedat etiam in masculis, quam in feminis, quia si sublata est omnis in successione sexus differentia, *l. 4. Cod. de lib. p. r. s. sive constituti sint in patria potestate, sive emancipati, l. 15. Cod. de leg. hered. sive naturales & legitimi simul, sive legitimi tantum, l. 22. ff. de adopt.* Quod tamen procedit secundum

distinctionem in *lib. 1. tit. 11. de adopt. datur utrum videlicet ab aser. d. n. t. , an ab extraneo adoptatus quis sit.* Imò & ingressis monasterium bonorum capax legitima debetur, *l. 56. §. 1. Cod. de Ep. & Clericis. 14.* Sane naturalibus liberis tantum pater legitimam relinquere non tenetur *Auth. licet. Cod. de natur. lib. Nov. 89. cap. 12. Et 15.* & licet filiis, vel filiabus naturalibus ex hereditate patrum certa portio ab intestato debeatur *d. auth. licet. Cod. de Nat. lib. & Nov. 89. cap. 12. Et 15.* attamen si pater eos testamento præterierit, petere nihil possint, *Berlich. conclus. 11. p. 3. n. 6. Hunn. ad T. ent. 1. n. 1. obs. 13. th. 14.* A majoritate rationis legitima non debetur liberis, ex *dantur natæ p. r. s. sive naturales, & casus, s. r. r. l. g. l. 1. Ratio est ( quoniam ipsam rationem pro regula & principio capias velim ) quia legitimam metimur in causa testati secundum causam intestati: qui ergo ab intestato non succedit, illi neque debetur legitima. *Manz. loc. cit. tit. 12. q. 1. n. 24.* & qui à successione excluditur, à petitione quoque legitimæ repellitur. *Frech. lib. 7. cap. 46. in fine Berlich. loc. cit. n. 20.* qui liberi ex damnato contu suscepti ab intestato nec patri, nec matri succedunt. *Nov. 89. cap. ult. Et auth. ex complexu Cod. de inter. Et inut. nupt. H. p. Inst. de success. ab intest. n. 346.* Imò nec in testamento hæredes infiniti, nec in aliquid legari potest. *Manz. trad. de testament. tit. 6. n. 82. Velter de jure consuet. Auth. lib. 3. tit. 16. & Zuñ. andoren. ergo iis, neque à patre, neque à matre debetur legitima. Sed**

Q. An idem ratione matris in liberis naturalibus, & spuris procedat? *Re. negativ.* Mater enim tenetur liberis naturalibus, & spuris legitimam relinquere, nec potest illos sine justa causa præterire, aut exheredare. Ratio, quia isti matris

ab intestato succedunt, l. 2. l. 4. l. 8. ff. unde cognati §. novissime l. inf. de Sc. Cr. Orf. ergo ipsis debetur legitima. Berlich. n. 7. unde cum spur. matris illius, extantibus aliis iustis liberis non succedant, ideo nec is a matre legitima debetur. *Menz. tract. de leg. lib. 1. tit. 2. q. 4.* Nepotibus ab avo tum demum legitima debetur, si pater eorum prius quam avus decedat, & hoc in casu agnoscitur avus, h. e. si sint sui heredes, adeoque ipsam portionem, quam pater accepisset, avus inde rem relinquit, necesse est. *Menz. d. loc. q. 10.* sed quid Juris, Si pater nepotum ab avo fuerit exheredatus, debeturne legitima nepotibus? R. sub distinctione: vel pater nepotum decedit ante testatorem, vel post testatorem. Si prius: tunc nepotes per agnationem rumpunt testamentum, & sic res reducitur ad causam intestatam: adeo cum ab intestato nepotes succedunt, ideo debetur ipsis legitima ex regula paulo ante tractata. Si posterius, legitima eis non debetur, quia ab intestato non possunt avo succedere, pater enim ipsos præcedit. *Menz. tract. de testament. tit. 8. q. 2. l. 1. n. 420.* Gomez. var. resol. son. l. cap. 11. num. 21.

#### QUO JURE DEBEATUR LEGITIMA?

16. Commune DD. calculum tulit sententia, quæ in hunc modum distinguit: Vel enim per legittimum designatur jus petendi necessaria alimenta, vel determinata legibus portio. Si prius legitima merissima est creatura juris naturalis, l. 7. ff. de bon. damnat. l. 7. §. ff. unde liberi. Nov. 1. §. 2. in quibus locis differre traditur, quod ipsa ratio naturalis, vel ut lex quædam tacita, parentum hereditatem addicat liberis: quod parentum hereditas debeatur liberis secundum naturam, &

parentum commune votum: quod denique secundum ipsam naturam liberi Jus habeant ad legitimum. Et ut brevis sim, alimenta Jure naturæ liberi debent, aperte sancit, l. 1. §. 3. ff. de J. & J. atque legitima est surrogata in locum alimentorum. Nov. 18. ergo legitima debetur Jure naturali, quatenus alimenta Lips.

Si verò per legittimam designetur determinata legibus portio, fundamentum suum habet in Jure positivo, l. 12. Cod. de leg. l. i. ed. Nov. 18. c. 1. l. 3. §. 1. Cod. de iuss. testam. Ubi Justinianus expressit testatur, portionem hanc, querelam inofficiosi excludentem, leges, siamque constitutionem definivisse; licet ergo naturalis ratio, & æquitas foveat, jubeatque liberis aliquid relinquere, quantum tamen, quo modo, qua forma relinqui debeat, lex civilis definivit. Vide *Menz. tract. de testam. tit. 12. q. 11. Fich. lib. 4. cap. 32. Hum. ad Trent. vol. 1. d. p. 13. d. 11. q. 27. Giettle p. 2. q. 10. n. 27. Mynsing. cens. 6. obs. 44. Faussem. lib. 2. obs. 119.*

Ex dictis colliges: legitimum statuto aut consuetudine in totum tolli non posse: quoniam de Jure naturæ, puta, quoad alimenta debetur: statutum autem, vel consuetudo, quæ repugnat juri naturæ, utpote irrationalis non valet, & jura naturalia jure civili tolli non possunt. §. 11. l. inf. de J. N. G. & C.

*Dices.* Per exheredationem filius in totum excluditur à legitima, & filius ejus, qui reus est criminis per institutionem ab universa patris hereditate rem. vetur. l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest. ergo legitima à Jure civili per statutum, aut consuetudinem in totum tolli potest. R. Per multos esse, qui absolute negent antecedens, atque constanter asserant, filio exheredato, & liberis, quorum pater reus est crimi-

criminis perduellionis, saltem alimenta deberi, ne necari videatur, cui alimenta negantur, contra *l. 4. ff. de lib. agnoscend.* Deinde transeat antea de iure, tamē propter non indistincte asserendum legitimam statuto, aut consuetudine in totum abrogari posse, quia hoc tum demum processu si maior ratio naturae concurret, puta, ne delicta reipubl. nociva, impunita relinquantur, contra *l. 51. §. 2. i. m. i. ff. ad leg. Aquil. §. l. 95. §. 1. ff. de solut.* Denique non maritum exheredatum & alimentis privatum, cum ingratum si debitum naturae tollat, Nov. 120. c. p. 27. dicaturque a sancto Bernardo, ventus uentis, siccare fontem miserationis, vorris pietatis, & fructum gratiae, parum. in cap. fin. *de donat.*

### QUALIS SIT LEGITIMA?

18 Duo veniunt hic in disceptationem. Unum est, an legitima sit pars bonorum, an hereditatis? Alterum, an recipiat gravamen nec ne? Utroque ex alio discutere longum foret, & integro tractatu opus esset, quod non pariter nostri instituti ratio. Ne tamen nostram mentem penitus inaptam relinquamus, & legitimam esse quotam bonorum, non hereditatis. Ita Gail. lib. 2. obs. 119. & 120. *Adanz. tract. de testam. tit. 13. §. 62. n. 5. Berlich. p. 3. concl. 11. n. 3. Memo. lib. 4. pref. n. 1. §. 59. & innumeri alii ab his allegati.* Ratio quia legitimam deducitur deductio rei alieno, & impensa funeris, *l. 4. §. 9. ff. de inoffic. testam.* atque illa, quae dicuntur bona. *l. 39. §. 1. ff. de V.* S. ergo legitima est quota bonorum.

Ratio II. Quia legitimam debet relinqui libera, & sine omni gravamine, *l. quoniam 32. Cod. de inoffic. testam.* ergo legitima non est pars hereditatis: hanc enim qui caput, multis oneribus involvitur, nec non commoda suscipit, & incommoda.

Dicitur: legitima titulo institutionis re-  
linquenda est. Nov. 115. cap. 3. ergo est pars hereditatis; institutio enim tribuit denominationem heredis, qualem docere non possis nisi quotam hereditatis habeat. *§. I.* quod filius in casu, quo à patre in re singulari, quae quantitatem legitimam adrequat, etiam legitimam titulo institutionis accipiat, & tamen non dicitur habere partem hereditatis, quia omnia onera hereditatis & coheredes sustinet, & sita est instar legatarii, *l. 13. de hered. in.* ergo legitima titulo institutionis relinqui debet, non tamen exinde sequitur, legitimam esse quotam hereditatis. *§. II.* Filium in legitima institutum pro herede habendum esse in us dumtaxat, quae ipsi sunt utilia; nimirum, ut iure accresceri gaudeat, & titulo heredis, qui est honorabilior, quam titulus legati, insignitur: non verò in us, quae ipsi sunt praediciosa, puta, ut oneribus hereditariis subiaceret, ne alius id, quod in ejus favorem est introductum, puta, ut legitima titulo institutionis relinquantur, in ejusdem odium retorqueatur.

Inhabis: Nilul interest, siue legitimam, partem hereditatis, siue bonorum appelles; ergo de lana caprina disceptatur: Antecedens demonstratur in exemplo. Pater habet in bonis 1200 fl. & unicum filium, cujus legitima est tertius, seu 400 fl. Jam facti adesse debita 200 fl. siue modo prius deducatur res aliena siue non deducatur, in off. filii idem est; nam si deducatur, & legitima de bonis, qualia dicuntur, quae rei alieno deducta supersunt, detrahatur, tunc remanent 600 fl. de quibus filius nomine legitimae deducit 200 fl. & sic habet partem bonorum; si vero res alienam non deducatur, tunc filius nomine legitimae recipit 400 fl. & onera pro rata legitimae sustinet, adeoque



adeoque siue habent partem hereditatis, siue quotam bonorum, in effectu idem est. *¶* Tamen si quoad quantitatem legatum parum referat, num prius res alienam deducatur, nec ne? & sic siue partem bonorum siue hereditatem habeat: nihilominus tamen ratione aliorum onerum magis impeditur quotam bonorum habere, quam hereditatem, hanc enim qui habet, incrementa, & decrementa recipit, comoda & incommoda sustinet, atque ita omnibus creditoribus tenetur respondere, nec non omnes actiones hereditarias *active & passive* suscipere. Qui vero quotam bonorum habet, insit legatariis est, adeoque nulla sentit onera l. 13. Cod. de Legat. inst.

**An legitima gravamen recipiat?**

30 *¶* Illa questio perspicue decisa est in l. quoniam 32. Cod. de inst. testam. ubi expressis terminis sancitur, quod legitima gravari nequeat, adeoque ei nullum penitus onus conditionis, modi dilacionis, moræ vel alterius gravaminis apponi possit, & si quod adjectum fuerit, rejiciatur ipso Jure, & non appositum adjectumve censeatur, d. l. 32. Ratio quoniam legitima ex providentia legis, non judicio testatoris debetur, & ideo, quem testator non honoravit, non potest operari, vel gravare, l. 22. §. 1. ff. de adop. Gail. lib. 2. obs. 19. n. 1

*Dixi ipso Jure* de Jure enim antiquo is, cui legitima cum gravamine relicta fuit, de officioso agere, atque ita testamentum evellere potuit. Hodie verò de Jure novo gravamen legitimæ adjectionis quaecunque illud sit, ipso Jure tollitur, & rejicitur, ac non fuit appositum. Gail. d. l. n. 3. Gomez. var. resol. vol. 1. cap. 11. n. 24. Berlich. p. 3. Conclus. 14. n. 5. Manz. loc. cit. l. 2. q. 44. n. 9. C. ne ord. Walter de Jure consuet. Austr.

lib. 3. tit. 10. De matrielche Erb-Geldbr. aufz, &c. i. e. Quod natura hereditas debetur, seu legitima, reliquum debet liberi sine onere aliquo. Cum autem proprietatem rei sui ex liberis, ejusdemque rei ususfructum ad certum a quod tempus, Pater dederit, omni hoc legitimam ad tempus gravari frustra ei imponeretur: adeoque nullus esse vis debet onerosa ususfructus ad dicto. Si tamen Pater famulæ uxori assignaverit usum-fructum inque dum majorum sui evadant liberi, hi contra testamentum hoc de re voluntatem insurgere nequeunt, ex moribus Provinciae. Praesertim cum Matri liberorum procurandorum atque educandorum necessitas simili a patre imposita est, adeoque sui potestatem bonorum immixtione, donec aetatem legitimam consequuti sint liberi, si vero usus-fructus matris produceretur ultra memorandam liberorum annos, & ad vitam matris terminum, locum habere non possit usus-fructus ejusmodi, praeterquam usque ad majorannatatem liberorum.

Dubitatur: *An in legitima possit fieri substitutio?* *¶* L. Quod substitutionem pupillarem rem expediam esse, hanc enim in legitima recte fieri, aperte sancit, l. 8 §. 7. ff. de inst. testam. Et l. 26. Cod. eod. his verbis. Ex tribus nunciis herede instituto p̄mo intra pubertatis annos directum non institutus à patre fieri substitutionem, certum est. Merlin. tra8. de legat. lib. 3. tit. 2. q. 13. Gail. lib. 2. obs. 119. n. 4. Manz. tit. 12. q. 45. n. 1 Et 2. Concord. Walter. loc. cit. Wann aber solche Substitution, &c. i. e. Sin vero hac substitutione ad id tempus solum est constituta quo legitimam aetatem nondum attigit filius atque si decessit antequam condendi Testamenti facultate gauderet, fieri debet hoc Paterna voluntas, effectumque sortiri.

II. Substitutionem vulgarem in legitima fieri non posse. Ratio sola, sed solida est, quod hodie omne gravamen,

odios, dilatio, mora, conditio de legitima rejiciantur, *d. l. 32*. Atqui substitutio vulgaris involvit condonationem, puta, *si volueris ergo Conc. Walter. loc. cit. Et c. Et solum hanc Vasser.*

Quò tituló l:gitima relinquenda.

- 22 Tamen si legitima inspecto jure communi tituló Institutionis relinquenda sit, prout suprà a §. ult. h. s. diximus: Secus tamen obtinet de Jure Austriaco, teste *Waltero loc. cit. Die geschriebene Rache* His verbis. *Ex fidei regis h. & c. i. e. Si pater liberos instituit heredes in Testamento suo qui intem ad Legitimum, sive in Codicillis Legitima illis assignat, legat nomine, utriusque Provincia pariter valet patris dispositio.*

Ex quibus bonis debeat legitima?

- 23 Ad propositam questionem simpliciter, & generaliter R. dicere possis, quòd legitima debeat ex ipsa substantia patris, prout innuit, *l. 36. §. repletionem, Cod. h. s.* his verbis: *Repletionem fieri ex ipsa substantia patris.* Verum enim verò cum quandoque multa, & varia bona, diversæque qualitatibus in substantia patris reperiantur, idè inquirendum, ex quibus bonis debeat, & ex quibus non debeat legitima. Itaque

Certum est I. legitimam non deberi ex bonis primogenituræ subjectis, qualia sunt Regni, Ducatus, Principatus &c. Ratio: quia bona primogenituræ subiecta non proveniunt ex substantia patris; ergò primogenitus ea h. bet præcipua. Ratio alia; ne fiat dismembratio Ducatus, Marchionatus, &c. ex quo si legitima deberetur, intra paucos annos ad nihilum reduceretur. *Alanus. tract. de testament. tit. 12. q. 33. Merlino. tract. de*

*legitima. lib. 2. tit. 1. q. 2. Berlich. p. 3. conclus. num. 23.*

Certum est II. Legitimam ex bonis fidei commisso, vel rest. tutioni obnoxias etiam relinquendam non esse. Ratio est: quia legitima debetur ex substantia patris, *d. l. 36.* Bona autem fidei commisso obnoxia non proveniunt ex substantia patris, sed sunt quasi aliena, *autb. res qua Cod. commun. de legat. Rosenb. de feud. conclus. 13. cap. 7. num. 33. Fach. lib. 7. cont. 45 Berlich. loc. cit. mon. 20. 24* Controversiur: *An legitima in mera pecunia numerata re. assignetur?* Videtur id affirmandum: quoniam legitima debetur ex substantia patris, *d. l. 36. Cod. h. s.* sed pecunia numerata etiam est ex substantia patris, ergò:

Verum negantium sententia, cui & ego assumpulor, verisimilior, & communior est, tum quia legitima debet assignari in rebus medioeribus, non deterioribus, qualis est pecunia, quæ faciliè absumitur. tum quia interest filii potius res habere quàm pecuniam, propter justam forsitan affectionem, quæ res majorum fuerint. *Fach. lib. 4. q. 33. Zoef. num. 102.*

Concordat *Walter. loc. cit. Da eth. ben Kinderu, &c. i. e. Si liberi quibusdam immobilibus, alius vero pecunia numerata locum legitimæ sint assignata, liberi quibus numerum tantummodo sunt contribui, non tenentur incommodo suo pecuniam accipere; singulis namque liberis jus est partem sibi debitam consequendi, tam in immobilibus quàm in pecunia patris, pro rata scilicet cujusque portione.*

Quando debeat legitima?

Dixerint nonnulli, vivò adhuc patre deberi legitimam, eo quòd à patre petuerit portionem substantiæ suæ, & cum ea in peregrinas regiones defluerit. Verum

rum cum non exemplis sed legibus iudicandum sit; ideo,

- 25 **R** Et pro regula traditur, quod legitima filius non debeatur, nisi post mortem patris. l. 1 § si impubere. 11. ff. de Collat. Ratio; quia viventis nulla est hereditas, aut successio. l. 1. ff. de hered. vel. est. vend. atque improbum est de viventis hereditate succichum esse. l. 2 § 2. ff. de vulg. Et pupill. subdit. Manz. trad. de testam. tit. 12. q. 15. num. 2. Berlich. p. 3. conclus. 14. n. 13. Mynsing. cens. 4. obj. 25. Hicm. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. q. 37. Cui. 2. de pace publ. cap. 13. num. 30 ubi ait, quod pater possit omnia sua bona in mare projicere, & sic filium suum legitimam defraudare.

An pater, ut pater non teneatur filio in vita sua legitimam solvere, etiam si pater esset prodigus & dilapidator. Berlich. d. lo. num. 8. Vass. l. 37. num. 1. Ratio est: quia habet remedium ordinario, non est excurrendum ad extraordinarium. l. 16. ff. minor. atque in casu, quod pater prodigum agit, aut dilapidatorem, habetur remedium ordinatum, putant ei per Magistratum bonis interdiciatur. §. 3. hyl. de curat. ergo.

### Quæ imputentur in legitimam?

- 26 Statuenda est hic regula universalis, ut videlicet ex omni in legitimam imputentur, quæ ex substantia testatoris puræ, & sine gravamine sunt profecta. l. 30. Et l. 36. Cod. b. t. Glettle p. 2. sileb. quest. 10. n. 38. In specie in legitimam imputantur.

I. Quæ pro obveniens situlo institutionis. §. aut. Inst. h. t.

II. Quæ rebus sunt situlo legati aut si de com. si d. l. 32. & 36.

Quod ipsam tamen limitatur, si legato, vel fideicommissio mora, onus, dies,

conditio, aut aliud gravamen adjectum fuerit; legitima enim puræ & sine gravamine est relinquenda, l. 32. Cod. b. t. adeoque tale legatum in legitimam imputandum non est. d. 36. §. cum autem. Manz. loc. cit. tit. 12. q. 39. num. 6. Et 7 III Quæ filio donata sunt mortis causa; quia donatio mortis causa legatis exequata est. l. 8. §. 6 ff. h. t. IV. Dri Et donatio propter nuptias. l. 49. Cod. b. t. Et l. ult. Cod. de collat. Zoef. ff. b. t. n. 105. Vide Manz. loc. cit. q. 42. V. donatio inter vivos a. g. §. fin. Inst. h. t. ubi quartum habet per donationem inter vivos filius non movet querelam Verum tenendum est, non imputari donationem inter vivos in legitimam, nisi pater expresse voluerit illam imputari. l. 25. ff. b. t. & l. 35. §. 2. Cod. ord. Zoef. n. 106. Glettle loc. cit. Manz. d. lo. q. 41 per tot. De fructibus res expedita non est, num imputentur in legitimam? Fac. v. g. Filius institutus est in legitima hæres, & rogatus, ut post certum tempus v. g. decennium, vel sub conditione restituat hereditatem Sempromio. Antequam conditio existeret, vel tempus restitutionis adveniat, filius multos fructus percepit. Quæstio est, an illos teneatur imputare in legitimam?

Quidquid forte inspecto jure Digestorum propugnare possis, de jure Codicis communiter obtinet, fructus in legitimam non imputari. Ratio fundamentalis est: quia sustinuitur in l. 49. R. repletionem Et meth. novissima Cod. b. t. vult repletionem legitimæ faciendam esse ex substantia patris; atqui fructus post mortem testatoris percepti non sunt ex substantia patris, nunquam enim patris defuncti fuerunt; ergo. Zoef. ff. b. t. n. 107. Manz. trad. de testam. tit. 12. q. 40. Glettle loc. cit. n. 39.

Ad ea, quæ conditionis implenda causæ  
suo ratiōe sunt, imputentur in legitimam  
v. g. Pater instituit suum & Titium hæ-  
redem. Titium gravat hęc conditio-  
ne, si filio centum dederit. Q. An  
hæc centum filius imputare debeat in legiti-

mam? & quid non: Ratio; quia illa  
imputentur in legitimam, quæ ex sub-  
stantia testatoris percipiuntur, d. l. 36.  
§. repletione. Atqui isti centum non per-  
cipiuntur de substantia testatoris, sed  
Titi; ergo. Vide Glor. n. 41. Man-  
n. 13. & seqq.

## TITULUS XIX.

## DE HÆREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA

## SUMMARIA.

## §. NECESSARIUS. I.

- 1 Hæres quis dicatur?
- 2 Alius est necessarius.
- 3 Alius sicut, & necessarius.
- 4 Alius extraneus.
- 5 Qui triplici tempore debet habere testa-  
menti faciliorem potestatem.
- 6 Sicut duntaxat dicitur.
- 7 Extraneus dicitur adire hereditatem:  
suis verò se immiscere.
- 8 Jus deliberandi quare introductum sit?
- 9 Ad urgentiarum quid requiratur?
- 10 Quot modis adatur Hæreditas?
- 11 Vel repudietur?

## CONNECTIO.

Multa hucusque diximus de Hæ-  
redibus instituendis, exheredan-  
dis, & substituendis. Cum autem hære-  
des sint differentes, habeantque diversas  
qualitates; ideo tractatur hic de hære-  
dum qualitate, & differentiâ. Hæres dicitur  
successor in universum Jus, quod de-  
functus tempore mortis habuit dunt au-  
tem triplices hæredes, alii necessarii tan-  
tam, alii sui & necessarii, alii extrane-  
text. in princ. hic.

Necessarii Hæredes sunt servi, à do-  
mino hæredes instituti; quia noluit, ve-  
lint, hæredes esse coguntur, nec habent  
arbitrium repudiandæ hereditatis, sed  
post mortem testatoris protinus liberi,  
& necessarii hæredes sunt. Dico, *sunt*:  
quia alius est facti, ad quod quis cogi non  
potest, ne quidem servus à Domino. l. 3.  
ff. de hered. insti. Tametsi itaque talis  
hæreditatem non adeat, habetur tamen  
ipso Jure pro hærede, ac si adivisset,  
adeoque nolens volens tenetur esse hæ-  
res, & hoc favore dominorum intro-  
ductum est, quibus, si pauperes fue-  
rint, & multo vere alieno obstricti,  
magno solatio fuit, quod per institu-  
tionem servi suæ famæ consulere, &  
evitare poterint, ne bona nomine ipso-  
rum dominorum subhastarentur. Quam  
ignominiosum autem fuerit, alienus  
bona proscribi, & subhastari elegantes  
Cicero edixit: *Herede inquit, cuius bo-  
na ex editio possidentur, & huius omnis  
famæ, & existimatio simul cum bonis pos-  
sidentur.*

## AD V. PRO HOC.

Cum autem æquum sit, ut, qui in uno  
gravatur, in altero relevetur; l. 30. ff.

de *jurjur.* idem pro hoc incrementum servus duplex commodum consequitur. Unum est *libertas*, quæ inestimabilis est, omnibusque rebus præstantior. Alterum est, quod res quas *servus post mortem Domini acquisiverit*, ab *ejuslibet distractione separantur*, nec *venius aut. Harp. hic.*

## §. SUI 2.

- 3 Sui & necessarij hæredes sunt, qui in potestate testatoris tempore mortis sunt, eumque proximo gradu contingunt, v. g. filius & filia. Contingere tamen etiam potest, ut nepos nepusque sui necessarij hæredes fiant; si nimirum filius vivo patre defuncti suus hæres esse, forte quia *mors interceptus aut emancipatus, aut deportatus est*, tunc cum nepos nepotæ in locum patris succedat, & sunt sui hæredes. *text. hic.*

Dicuntur *sui hæredes*, quia domestici hæredes sunt, & vivò quoque patre quodammodo rerum paternarum domini existimantur, adeoque mortuo patre non dicuntur acquirere domonium, sed in *ipsa contineri*. L. 11 *§. de i. her. & posthum.* Necessarij verò dicuntur, quia omnino servorum instar sive voluit, sive veluit, tam ab intestato, quam ex testamento hæredes sunt. Ratio est *patria potestas*, quæ omnem domum par erat.

Verùm Prætor plectus æquitate removit illam necessitatem, & introduxit in favorem liberorum beneficium *abstinendi*, ita ut hodie ab hereditate paterna abstinere possint, & hæredes voluntarij sint. Ratio: quia inter duos ingenuos longè melius est defunctum contumeliam officioque virum; utpote qui injuriam sentit. *Mazz. n. 8.*

## §. CÆTERI 3.

- 4 Extranei hæredes sunt, qui tempore mortis non sunt in potestate testatoris

patril vel Domini, *text. hic.* Illud non refert, si sanguinis conjunctione testatorem attingant, nec ne. Si licet emancipatus testatorem sanguinis conjunctione filii & filie matrem: emancipatus tamen, & filii a matre instituti in censum extraneorum revocantur. Ratio prioris: quia licet emancipatio jura sanguinis non tollat, §. 11. *l. de l. N. G. & C.* patriam tamen potestatem extinguit. §. 6. *l. test. quib. mod. pat. potest. toll.* quæ peremptorius etiam fuitatæ perimitur §. 3. *hic.* Ratio posterioris: quia maior liberos non habet in potestate. §. 10. *l. test. de adopt.*

## §. IN EXTRANEIS 4.

Si hæres extraneus instituitur illud potestimum observandum, ut habeat testamento sanctionem, non activam, sed passivam, h. e. ut ex alieno testamento aliquid capere possit, licet testamentum facere nequeat. Unde ait hic *Imperator: furiosus, mutus, posthumus, infans, flatusum. & servus alienus testamento sanctionem (patria potestas) habere docetur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel aliis acquirere possint.*

Testamento autem factio passiva cum extraneis hereditibus triplici tempore requiritur. I. *tempore institutionis seu conditi testamenti.* Ratio: ut consistens institutio. II. *tempore mortis testatoris;* quia tunc testamentum effectum sortitur. III. *tempore adita hereditatis;* quia tunc acquiritur hereditas. De intermedio temporibus, h. v. g. institutus post factum testamentum deponetur, & ante mortem restituatur, curandum non est: ratio, quia medu non habetur ratio, modò de exurent consistet; & inhabilitas modò temporis non curator, si extrema sint habilia. *Mazz. n. 13. & 14.* Dicta procedunt

dunt de hærede extraneo, in hærede enim suo sufficit duobus temporibus testamenti factiorem passivam habere I. *tempore conditi testamenti*, & II *tempore mortis*. Ratio quia suus ipso jure statim post mortem testatoris hæres existit, citra ullam factum additionis. *Harp. luc. n. 7.*

#### §. EXTRANÆIS §.

7 Pro intellectu hujus §. & meliori loquendi modo observa: quod extranei hæredes dicuntur *adire & repudiare hæreditatem*. sui vero *se non scire*, & *obstare*. Nam adire proprie est ad aliud ire, unde cum sui hæredes non vadant ad aliud, quia jam vivò parte bonorum patrimonii quasi domini sunt, l. 11. ff. de liber. & postb. non dicuntur adire, sed se manifestare, *Schæd. n. 3* hoc supposito in vnam redeo. & cum is, qui hæreditatem ferat adit, vel ei se immiscuit, postea relinquenda ejus facultatem amplius non habeat. l. 4. Cod. de repud. de hered. nisi fortè minor 25. annis fuerit, cui ob infirmitatem ætatis consilium prator per restitutionem in integrum fuerit, sicut & præcipit nulli, quia ar. magis, quam jura sibi, l. fin. Cod. de jure deb. cum, inquam, postea hæreditas relinquenda facultatem non habeat, ne quis temere adeunda eam sibi præjudicet, data sint succedentibus si ve ex testamento, si ve ab intestato extraneis hæredibus de adeundo, vel non adeundo, deliberandi potestas, ut patris bene persuaserit, ac perdidit hæreditatem adire, nec no? Dixi autem *extranei hæredibus*? sui enim de jure civili non habent tempus deliberandi, quia necessarij hæredes sunt, si ve velint, si ve nolint. Dixi iterum de jure prætorio datur ipsis beneficium abstinendi, consequenter & deliberandi se paternæ hæreditati immiscere velint, *Harp. n. 4* Ubi hoc

tempus deliberandi usque ad annum, ex quo hæreditatem sibi delatam agnovisset, duravit. l. 19. Cod. d. 1. Hodie autem id limitatum per l. fin. §. *sed quis quidem*. Cod. eod. quæ lex indulget volentibus deliberationem petere a principio annum integrum. Ab inferioribus verò 9. menses Lapsò hoc tempore habetur deliberans, prout ipse est deterrus vel pro adestante, vel pro repudiante, l. fin. §. pen. Cod. d. 1. *Schæd. & Schneidm. 20.*

#### §. SED NOSTRA §.

Quoniam per beneficium deliberandi hæredi non let consultum erat, ideo *infirmitatem* remedium adhuc utilis, & tutus invenit, beneficium scilicet inventarij, de quo quidem hic mentionem non facit, sed nos ad constitutionem suam remittit, quæ continetur in fin. Cod. de jure deb. in d. Et in compendio hoc continet, si hæres dubitat, utrum adeunda sit hæreditas, nec ne, potest inreputè adire, vel se immiscere sine periculo, d. l. fin. §. 2. dummodo conficiat inventarium, & describat in eo omnia bona defuncti, adhibitis solemnibus in cit. Constituti. ne requisitis, *Menz. num. 4.* Et §. Quæ ipse legiturates ferò omnes ab usu recesserunt, & ut circa investigationem consuetudinem, locorum consuetudines inspicere necesse sit. De jure Austriaco requiritur I ut intra 30. dies post apertum testamentum inventarij institui fiat II ad ejusdem consuetudinem a Magistratu decernatur authentici Commisarii III Contentus proximo agnati *Walter lib. 3. tit. 34. de jure consuet. Austriac. in Aufschreibung eines Inventarj solle von Stund an, nach dem Dringlichen beschreiben, und darzu verordnete Commisarii von der Obrigkeit verordnet, auch deneu n. b. l. l. Befreunden darzu verordnet werden.*

*Item vultu meo, &c. l. 2. Item cum ad Inventarium confectum proceditur, bona omnia, immobilia & Mobilia, literarumque scriptisve comprehensa, & quicquid prout ad hereditatem pertinet, ordine describi: si quas vero vel censura, vel ignorantia fuerit omisum, creditores, & etiam alii quorum interest, omnino juri est, hoc ut edantur preiudicia ut si negaverit &c. l. 1. C. de test. & ibi quoniam in test. n. p. 1. b. 1. Item consuetudinem aduocato decantant p. one ut possit Testatoris familia, vel servus verum domum sui p. in in bona adignari & test. omnino compellere iudici auctoritate. Quod si per alios rem probare ne quimus, Haec ipsius iurata audiri potest Concordat quoad delationem iuramenti Suring. in manus p. l. 1. §. Inventarii h. impium. Wancum Gertrudibus, &c. l. 2. e. Cum iurisdictione Inventarium factum est, nec tamen omnia ibi computant, neque si accuratam esse Inventarium, in numeris omnia designare iuramento.*

*I. Hecus Inventarii confecti occurrunt variis.*

*I. Et, quod haeres creditoribus ultra vires hereditarias, non teneatur test. h. & m. d. l. ult. Concordat Suring. loc. cit. his verbis, Item E. b. cum beneficio legis, de Inventariis, n. n. tenetur sustinere onera hereditaria, sed solummodo creditoribus iuxta facultates hereditatis potest, exsuperis bonis fudalibus, satisfacere teneatur*

*II. Et alius est, quid pendente Inventarii confecti ne haeres non possit contineri a creditoribus defuncti, d. l. ult. §. 1. III. Quid creditores compellere possit res hereditarias in solutum accipere, neque tamen de eorum eversione, d. l. ult. §. 6. Harp. iust. l. i. c. 1. m. 10. Cuius haeres missus Inventarii hereditatem dicitur tenetur tam creditoribus, quam legatariis, & fidei com-*

*missariis in solidum, etiam ultra vires hereditarias. Frustra allegans in hereditate nihil esse. Novell. 1 §. si vero non fecerit. Zoesf. de Jure delib. n. 13. Ratio quia iura praesumunt haereditem, qui non confectum Inventarium hereditatem adiit, in dolo fuisse, quasi etiam aliquid subripuerit, & in bonis defuncti maligne versatus sit, d. Nov. 1 §. in p. m. quae ipsa praesumptio est Jura & de iure, non admittens probationem in contrarium d. Nov. cap. 2. Et l. ult. Co. l. de iure delib. Concordat Jus Aulic. teste Suring. in manus p. l. 1. Inventarium, & Walter. l. b. 3. tit. 38. ibi Wann s. h. v. m. d. c. 1. e. Cum quis sine beneficii legi & Inventarium, hereditatem se immittit, & debitas omnia, oneraque subiungit, ut etiam satisf. ere teneatur, non tantum pro veris hereditatibus, sed & ex viis suis bonis plene exsolvere.*

*§. ITEM EXTRANEUS FIN.*

*Quandoquidem diximus, hereditatem semel adiitam dimitti non amplius posse; ideo nunc. Q. Quando & quod modis dicatur aliquis adruisse? R. Imperator, duobus modis aliquem dici hereditatem adiisse: verbis & factis; verbis, h. e. si dicitur animo nudaque voluntate declarata verbis: ut si dicatur velle adire, se velle hereditatem esse factis, quando quis se pro herede gerit. Pro herede autem se gerere dicitur, qui rebus hereditariis tanquam dominus unus vel praedia colit vel locat aedes, vel alia facit, quae domino conveniant, dummodo sciat eum, in cuius bonis pro herede se gerit, cessatum interstiumve obesse, & se heredem esse. l. 19. §. h. 2. Schaub. h. c. Concord. Walt. loc. cit. tit. 35. Die Anweisung, &c. l. 2. e. Aditus vero statim fit satisfactioni quia bona hereditaria contrahunt, nempe solvendo creditoribus, vel debita exigendo, vel construendo, velendo, locando, vendendo, hypotecam constituendo &c.*

Ex dictis colligitur, quod ad hæreditatis additionem requiritur animus, quem etiam etiam mutus, & surdus habere possunt, & hi adire l. 5 ff. de acq. hæred. modo intelligant, quid agant, ac sufficienter consensum suum indicent, nam aditio hæreditatis non requirit amplius hodiè verba solennia, sicut olim. Perez. Inst. l. 6. Furiosus, cum non intelligat, quid agat, hæreditatem per procuratorem rectè adit l. 35 ff. de a. q. vel amitt. hæred. Quod respectu furiosi unitatis, & quasi pietatis causâ, ne afflictio addatur afflictio, receptum est; enim verò per procuratorem regulariter hæreditus acquiri non potest Manz. §. 4. Inst. l. 20.

- II Sicut autem verbò aut factò hæreditas acquiritur, ita etiam contrariâ voluntate, verbò vel factò declarata, mox repudiatur. l. 39. ff. de s. i. unumquodque enim eò modo tollitur, quò colligatum. Verbò autem repudiatur, si dicat, volo adire hæreditatem. Factò, si in actum transferat hæreditatem. Item si præter-

tus, aut exheredatus ab hærede instituto scienter rem hæreditariam emat, vel ei ut hæredi solvat, quod testatori debebat. l. 23 §. 1 ff. de inst. testament. Schamb. l. 6.

Effectus repudiationis est, quod amplius ad adeundam hæreditatem non admittatur. Ratio: quia alteri jam Jus quæsitum, quod illi factò repudiantis auferri non debet, & sicut hæreditas semel acta amplius repudari nequit, ita hæreditas licet ei ab extraneo repudata amplius adiri non potest, imputet enim sibi, qui rem non melius perpendit. Manz. n. 22. Minori tamen per restitutionem succurritur l. 6 Cod. de repud. hæred. Item si quis hæres, licet sele avitè vel paternâ hæreditate abstinuerit, potest tamen N.B. donec res paterna in eadem statu permanent. h. e. non alienatae sunt, intra triennium Et hæreditati se immiscere, d. l. 6. quod singulariter suo hæredidatum. Manz. num. 24. Et Schamb. l. 6. in fine.

## T I T U L U S XX D E L E G A T I S.

### S U M M A R I A.

- 1 Definitur legatum.
- 2 Quomodo differat ab hæreditate?
- 3 Quales, & quot actiones pro consequendo legato competant?
- 4 Hodiè legata, & fideicommissa exa-  
quata sunt
- 5 An rei heredis legari possit?
- 6 An aliena?
- 7 An valeat legatum, si res non sit in  
commercio legatarii?
- 8 An res pignori data rectè legatur?
- 9 Quid juris, si res aliena legata sit, cu-

jus legatarius non vivo testatore est  
factus dominus?

- 10 Quid sit jus accrescendi?
- 11 Quando locus habeat?
- 12 Quid Et quotuplex sit conjunctio?
- 13 Res propria legari potest.
- 14 Quid Juris, si quis putes, rem, quam  
legat, esse alienam, que tamen sit  
sua?
- 15 Quid Juris, si rem legatam aliena-  
verit?
- 16 Vel oppigneraverit?
- 17 An debitor debitori rectè legetur?
- 18 An dos mulieri legari possit?



- 12 *Si res legata pereat, cui pereat?*  
 20. *Si ex pluribus rebus una legata pereat, quid iuris?*  
 21 *Quid intersit, an quis fundum instructum, an cum instrumentis legaverit?*  
 22 *Si grex ovium legatus sit, an una ovis debeat?*  
 23 *Quid sit cedere, quid venire diem?*  
 24 *An res etiam incorporales reſci legentur?*  
 25 *Quid sit legatum generis, & quotuplex sit genus?*  
 26 *Quid iuris legato optionis?*  
 27 *Quibus legari possit?*  
 28 *An incerta persona legari possit?*  
 29 *An posthumus?*  
 30 *An legatum valeat si testator erraverit in nomine, cognomine, vel agnomine?*  
 31 *An falsa demonstratio vitiet legatum?*  
 32 *An falsa causa?*  
 33 *An pura nomine legari possit?*

## TRANSITIO.

**P**ossit videri hic Titulus impertinenter huc esse collocatus: quia versamur in modis acquirendi dominum per universitatem, legata autem, & fideicommissa acquiruntur nobis non per universitatem, sed ut res singulæ, ut proinde iste sit. statim post sic de donationibus fuisset collocandus. Verum enim verò cum hactenus de testamentis Imperator egerit, non sine causa nunc de legatis agit, quia legata sunt pars quædam testamenti & velut accessorium; pars autem sequitur suum totum, l. 44. ff. de R. V. sicut accessorium suum principale. cap. 42. de R. J. in 6. Marz. hic.

## §. LEGATUM. I.

*Legatum est donatio quedam à defuncto relicta, ab hærede præstanda, text. hic.*

Dicitur I. donatio: quia ex liberalitate, & munificentiâ proficiscitur. l. 1. ff. de donat. & nullum onus, aut incommodum, sed lucrum duntaxat, ut pura donatio, in se continet. §. 6. b. 1. quia in re differt legatum ab hereditate, quæ & lucrum & onus habet, sicut & bonorum possessio, d. l. 32. ff. mandum. & l. 118. ff. de V. S. Dicitur II. quedamquod particulâ significatur, legatum esse quidem donationis speciem, sed tamen propriè non esse donationem; quæ, ut patet, ab omnibus donationis speciebus distincta est. etenim ad donationem requiritur acceptatio alterius, i. e. donatarii, legatum autem sola testatoris voluntate constat. Schumb. hic.

Dicitur III. à defuncto relicta, per quas particulas à donatione inter vivos distinguitur, quæ non à defuncto relinquitur; differt autem adhuc etiam à donatione inter vivos, quia hæc semel perfecta, temerè, hoc est, sine iusta causa ingratitudinis revocari non potest: ut dictum supra sit de donat. Deinde discrepat à donatione mortis causâ, quòd hæc in præsentem legatum verò & in absentem fiat, Harp. l. c. n. 7. & 8. Dicitur IV. ab hærede præstanda, ut pateat, quòd legatarius non possit propriâ auctoritate rem occupare, sed petere eam debeat ab hærede, l. 1. ff. de Legat.

## §. Sed olim. 2.

Alium quatuor modis legata relinqui solebant, scilicet per *vindicationem* his verbis: *do, lego: capto, summo, &c.* quo genere legari tantum poterant res, quæ testatoris erant tempore mortis & conditi testamenti. Per *damnationem* his verbis: *hæres meus damnas esto dare; dato, facito, hæredem meum dare iubeo.* Quo genere res omnes tam propriæ, quàm alienæ legari poterant. Sinendi modo

modo his verbis: *hæres meus damnas ego fuisse, vel finis omni res illam fuisse, siquæ haberi*: quo genere legabatur res propria testatoris, & hæredis. Per præceptionem hoc modò non legabatur, nisi hæredibus scriptis, ex parte. h. c. modò. *idem hoc præcepto*, quæ per reliquos capitul. v. g. *primus & secundus hæres fuit*: *secundus autem præceptum habet secundum Cornelianum. Schenk. Et Perre. hic.* Sed hæc IV legatorum genera unà cum solennitatibus verborum exoleverunt, & unam naturam legatorum constituit *sens* hic Pro legato autem consequendo tres actiones competunt, nimirum: *Res vindicatio, actio personalis ex testamento, Et hypothecaria*, quarum tamen nulla intentari potest, nisi ad id hæreditate: nam si ex testamento hæreditas non sit adita, legata corrumpunt. l. 21. §. de *Polem-commis.* l. 181. §. de *R. J.* Schenk. n. 12. Ratio, cur datur rei vindicatio, est; quia dominus datur adversus eum, qui rem possidet; sed legatarius statim testatore mortuo sit dominus rei legatæ, l. 1. §. 1. Cod. de *Co. her.* eod. ergo legatario statim a morte testatoris datur rei vindicatio tam contra hæredem quam omnes alios possessores. Ad hoc autem ut rei vindicatio competat, requiritur. I. quid legatum consistat in specie, non in genere, vel quantitate, nec sit alternativum, quia aliter propter incertitudinem non transferretur dominium, nisi factâ declaratione. §. 4. §. dictum §. de *legat.* II. Quod rei sit testatoris, non hæredis, nec alieus cui dominium testator, quod non habet, transferre potest. l. *unus plus iure*, 12. §. de *R. J.* §. *hered.* n. 20. Et Obing. q. 3. ob. 2. Et 3. h. e.

Ratio, cur datur actio personalis ex testamento contra hæredem, est ista: quia actio personalis datur contra eum,

qui nobis est obligatus: atqui hæres est legatario obligatus ex quasi contractu, quæ hæres adiendo hæreditatem dicitur enim creditoribus & legatarius quasi contrahere §. *heres*, §. de *Obig.* quæ ex quasi contractu. *Mantz.* n. 18. Datur hæc actio tamen maxime, quando legata est quantitas, vel res aliena, tum enim rei vindicatio, ut dictum, non competit. Illud non refert, legatumne in testamento, an codicilli: relictum sit? nam si in Codicillis ab intestato factis legatum relictum sit, utilis saltem actio persequenda ex testamento locum habet. *Schenk.* n. 16.

Ratio quare actio hypothecaria competit, est. quia legatario pro legato universa defuncti bona tacite per legem obligata, & oppignervta sunt, donec legatum solvatur. l. 1. Cod. *commun. de legat.* *Mantz.* n. 19. tres ergo legatario pro legato consequendo actiones applicabuntur *reals, personalis & hypothecaria*: non tamen cumulativè competunt, h. e. omnes tres simul in eodem libello cumulari nequeunt, dantur enim *electivæ*, h. e. hæres ex his unam eligere debet, quæ legatum petat. l. 76. §. 8. §. de *legat.* *Mantz.* n. 20. Et *communiter sentit.*

*Dicit I.* Quando quis est rei alicujus dominus, tunc et non potest agere actione personali, atqui legatarius est rei legatæ dominus juxta dicta, ergo et I. *dist.* ubi quidò quis est rei alicujus dominus naturalis & civilis simul, cum in q. tantum civilis, sicut legatarius, *neg. ampl.* II. posse etiam dominum utiutroque actionem personalem ad possessionem obtinendam. Licet enim legatarius sit dominus, saltem ab adita hæreditate, possessionem tamen non consequitur, quoniam proinde actione personali persequi poterit. *Schenk. hic.*

*Dicit II.* Traditionibus, non nullis possit transferantur rerum dominia, l.

20. *Cod. de p. s.* ergo legatarius non fit statim dominus post mortem ante traditionem, per consequens rei vindicationem habere non potest. & per fictio- nem juris in legatarium transferri domi- nium, fictio autem tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. *Idem. n. 29. § 30.*

*De ei:* Saltem non dabitur actio hypo- thecaria: cum si legatarius res legatam dominus est, quomodo res ei erit obliga- ta, cum rei propriæ non consultat pi- gnus? & ipsam rem, quæ legata est, utpote propriam legatari nexu pignoris non obstruigi, sed reliqua defuncti bona *Harp. n. 20. Chlup. q. 4.*

Permutæ olim erant inter legata & fides-commisæ differentiæ. I. Legata nun poterant relinqui nisi testamentò, aut Codicillis testamentò confirmatis, §. 10. *Inst. de fides-commisæ hereditat. fides-commisæ* verò tam ex testamento, quàm ab intestato relinquuntur. II. Post mortem hæredis vel legatarii instituti legabantur: secus in fides-commisæ. §. 35. *Inst. eod.* III. à legatario non poterat relinqui legatum. Poterat tamen fides-commis- sum. IV. Non poterant relinqui legata ante hæredis institutionem, poterant tamen fides-commisæ. V. Legata stricte interpretanda erant, fides-commisæ verò pinguiorem naturam habebant. *Schneb. hic Harp. n. 1.*

4. Verùm istas & id genus differentias *Iustinianus* sustulit, & legata fides-commisæ per omnia & in omnibus reciproce exæquavit in tantum, ut, quod legatus tribuitur, idem tribuitur fides-commis- sis, & vicissim. *Hic. § l. 1. Cod. com- mune de Legat.*

*Ob. l. 1. ff. de legat. 1.* in qua *Ulpianus* ait: per omnia exæquatæ sunt legata fides-commisæ; ergo ista exæquatio *Ulpiano*, non *Iustiniano* attribuenda. *§. I. Ulpianus*

loquitur de exæquatione quoad de- ductionem quartæ fidei; quæ sicut ab initio obtinuit in legatis, ita etiam per *SCrum Pegasianum* extensa fuit ad fides-commisæ. *§. II.* Quosdam non male conjecturare, hanc per omnia, ex po- terioribus Iuribus à *Triboniano* ad d. l. 2. esse adjectum; maxime cum d. l. 1. ferè biennio ante editionem *Pandectarum* evulgata sit. Et *Iustinianus* compilato- ribus hanc potestatem dederit, ut pro arbitratu suo & adicere quædam, & de- trahere scriptis veterum possent. *l. 1. Cod. de vet. Jur. emul. Schneb. hic Harp. n. 5.* *Dicitur:* Est adhuc hodie differentia: legata enim verbis directis, fides-commis- sæ obliquis relinquuntur, ergo. & esse differentiam, quoad modum relinquen- di, sive in verbis, quibus relinquuntur, conc. quoad effectum, neg.

#### ADVERS. SED NE.

Nota, quod ob subtilitatem differentiarum *Imperator* de utriusque simul, i. e. tam de legatis, quàm fides-commisæ agere po- tuisset, id tamen ne permixtio quorundam difficultatem inducat; ideoque separa- tum prius de legatis, postea verò de fides- commisæ agere voluit. *text. hac.*

#### §. NON SOLUM. 4.

*Imperator* hic incipit declarare, quæ res possit legari, & quæ, quod non tantum res testatoris, sed etiam hæredis, & pro- prius aliena legari possit.

Et I. quidem nullum dubium est quin testator rem suam propriam legare possit. Ratio ex lege VII. *ut quisque res sua legisset, ita juri obno,* & quilibet rei suæ moderator & arbiter est.

II. Potest testator legare res hæredis. *§. Ratio* est; tum, quia hæres & defunctus una eademque persona esse censentur. *Nova. 43.* adedque res hæredis testatori

non aliena, sed ipsius quasi propria videtur: tum quia & civilis & naturalis ratio postulat, ut hæres qui eodem modo accipit ex testamento, & voluntatem defuncti in eodem modo sequitur, eandem quoque in eodem modo impleat, & sequatur, *H. r. p. n. 3. § 4.*

III. Potest legari res aliena. Ratio nulla est alia quam ut ultimæ voluntatis liber sit sty'us, & t. ita res voluntas exitum fornicari. Non tamen in se interire hic t. q. d. i. domino invito res suæ auferantur, contra regulam, §. *fin. iust. de her. qui su.* &c.

Sed in tantum hoc verum est, ut cogatur hæres rem a se iam legatam redimere, & redemptam legatario præstare. Quid si verò dominus rei nolit eam vendere; tunc hæres tenetur legatario æstimationem illius rei præstare. Ad quam & tunc rectè admittitur si dominus rem quidem vendere velit, sed non nisi immodicò pretiò; quia paria sunt nolle vendere, & velle, sed immodicò pretiò *l. 14. §. 2. ff. de legat. 2. Maur. n. 5. 6. § 7. S. bund. n. 7.*

#### AD VERB. SED SI.

Dicitur est, rem alienam legari possit. Hoc autem recipit duas limitationes. I. est, quòd tunc demum rei alienæ legatum valeat; si sit res, quæ est in commercio humano. Nam si sit res, quæ est extra commercium humanum, ut *res sacra, sanctæ, publicæ*, tunc neque ipsa res, neque æstimatio debetur, *text. hoc.* Ratio: quia ipsa res, cum dominio nostro subiecta non possit, tra'hi non potest, neque ejus æstimationem præstari, quia commercium est jus emendi & vendendi invicem, hic de contrahendi: quorum autem rerum non est commercium, hæc nec pretio æstimari possunt, ut mutuum non sit, hic nullam earum æstima-

*Res ad infinitum.*

tionem d.beri, cum talis æstimatio haberi non possit *Maur. n. 8.*

Q. I. Quod si res legata quidem sit in commercio humanum, sed non sit in commercio legatari, valebunt legatum, si tamen in tantum, ut legatario d.beratur æstimatio? *¶ cum dicitur me: aut res legata non est in legatari commercio propter crimen vel sectæ diversitatem, vel propter statos conditionem, aut vitium corporis. Priori casu, nec res legata, nec ejus æstimatio debetur. l. mortuo 49. §. 2. ff. de legat. 2.* Hinc si Christianus hæreticus, aut Judæo legaverit Christianum, nec legatum, nec æstimatio debetur, quia Judæis & hæreticis interdictum est mancipium Christianum acquirere, possidere, vel habere. *res tu. Cod. ne Christianum mancip. hæret. vel Jud. hab.* Posteriori casu rei legatæ æstimatio debetur; v. g. si ceco, surdo, aut mutuo militi rei legata, tunc æstimatio debetur. *l. filiusfamil. 114. §. si quid. 5. ff. de legat. 1. Schaub. hoc vers. quæres 1.* quâ distinctione data textus censorios, quos accuratè calamo enucleat *Hin. var. res. sol. lib. 2. tra'ct. 8. q. 6.* facile combinare possis. Refert nimirum, an legatarius rei legatæ commercium jure non habeat, an de facto? illo casu nec æstimatio: hoc casu ista debetur, quia illi rei non est addenda afflictio. *Schneid. n. 10. Harp. n. 18. §. seqq.*

Q. I. Quid juris, si econtra defunctus, vel hæres non habuerit rei legatum commercium, habeat tamen legatarius? *¶ tunc vel rem vel æstimationem debetur. l. 49. §. 3. ff. de legat. 2. Schaub. hoc. Harp. n. 18. Schneid. n. 10.*

Dicitur: Impossibile nulla est obligatio. *l. 185. ff. de R. l. aequi impossibile est hæredi præstatio ejus rei, quæ non comparari, quinque habere non potest, ergo ad præstationem obligari non potest.*

A n n

¶

¶ hæredi præstationem illius rei, cujus non habet commercium, impossibilem non esse: quandoquidem, licet ipse hæres rem istam sic comparare non possit, ut eam, sibi habeat, & retineat, nihil tamen prohibet, quominus eam ita comparare queat, ut alii acceptam præstet; siquidem id, quod quis sic caput, ut non retineat, sed alii restituat, capere non videtur *l. 71. ff. de V. S. Harp. loc. cit.*

### AD V. QUOD AUTEM.

II. Limitatio regulæ est, tunc tantum legatum rei alienæ valere, si d-tuncus scribat rem alienam esse, secus si ignorabat; tunc enim præsumitur hæredem oneraturus non fuisse onere luto-  
nis, sive redemptionis. *l. 10 Cod. h. t. Et errant nullus est consensus l. 12. Cod. de Jor. Et fact. ignor.*

Excipe, nisi personæ proximæ v. g. *parenti uxori, cognato* rem alienam ignoranter legaverit, his enim legatum debetur, *d. l. 10.* Ratio, quia præsumptio affectus in personam conjunctam tollit præsumptionem, quod hæredem oneraturus non fuisset, si rem alienum esse sci-  
visset. *Manz. n. 10.*

### AD VERS. ET VERIUS.

Quid si contentio oriatur inter hæredem & legatarium, cui incumbit onus probandi, quod testator sciverit, vel ignoraverit rem legatam alienam esse, & Incumbere legatario, tum quia est actor, cui regulariter incumbit probatio. *l. 4. Cod. de edict.* tum quia hæres habet præsumptionem pro se, cum is de dam-  
no vitando agat; alter verò de lucto captando. *Schemb. in fine hic. Et Manz. n. 11. Et 12.*

### § SED ET SI.

Quod de re aliena dictum est in § 1 præced. idem placuit in re credit ori obli-  
gata sive pignori data; ut nimirum rem legatam, quam testator scivit esse obli-  
gata, hæres luere teneatur. *Fac, v. g. Cuius debitor poculum aut vinum oppone-  
ratis Titio creditori: idemque Cuius testa-  
mento illud ipsum poculum legavit Semp-  
ronio? cogitur hoc casu hæres Cuius pocu-  
lum illud luere, i. e. soluto creditori  
Titio pecuniâ, illud restituere sive reci-  
pere, & receptum præstare S. mpronio  
legatario? si modò id obligatum fuisse  
testator sciverit. Est enim verisimile, eum  
qui scit, rem pignori obligatam, esse,  
eamque legat, voluisse hæredem suum  
gravare, ut rem luere. *text. hic. Et no  
l. 57. ff. de Legat. 1.**

Quod si testator ignorasset, rem lega-  
tam pignori fuisse obligatam (quia forte  
facto institutorum, vel procuratorum obli-  
gata erat) hæres compelli non potest,  
ut eam luat. *Harp. n. 2. Et 3.*

Dicitur I quid ergo hoc casu proderit  
legatum legatario? & ad hoc, ut ipse  
rem legatam suâ pecuniâ redimere, se  
sibi met rennere possit. Quæ redemptio  
eo utilior erit, quo magis valor excedit  
quantitatem debiti. *d. l. 57.*

### AD V. SI TAMEN.

Planè interdum legatario ad legatum  
consequendum, luendi onus sive neces-  
sitas incumbit, etiam si actor rem lega-  
tam sciverit nexu pignoris obligatam:  
nimirum tunc, quando testator voluit  
legatarium luere, & hoc expressis. *text.  
hic. Ratio, quia lex sitet, ubi homo lo-  
quitur, & provisionem legis. Manz. n. 9.*

Dictum: si testator ignoraverit, rem  
pignori obligatam esse, quod tunc cum lega-  
tarius luere debeat, Hoc

Fallit

Fallit I. Quando res pignorat à testatore legata est conjunctè personæ, cui verisimiliter, si scivisset eandem, vel aliam æquè bonam fuisset legaturus; *d. l. § res. 57.*

Fallit II. Quando nihil est superfluum in re legata, solutà quantitate debita, & sic legatum non contineret utilitatem. Nam tunc onus luendi spectat ad heredem, etiamsi nesciverit testator rem pignoratam esse. *S. bund. n. §. hic.*

### §. S I R E S. 6.

- 9 Q. in hoc §. quid juris, re alienà legata, cujus legatarius, vivò testatore dominus factus est? *æ cum distictione*, aut legatarius factus est ejus rei dominus ex causa onerosa (qualis est illa, pro qua aliquid præstare debemus, v. g. *emptio, permutatio, locatio, dotus, &c.*) aut ex causa lucrativa, qualis est illa, pro qua nihil quidquam præstamus, v. g. *donatio, legati, successio, &c.* Jam si legatarius factus est rei dominus ex causa onerosa, tunc poterit agere actione ex testamento\* contra heredem, ut consequatur pretium. *text. hic & in l. 168. §. 4. ff. de Legat. 1.* Ratio; quia licet rem habeat, tamen aliquid aliud pro ea exposuit quo caret. *Atmaz. n. 5.*

Si factus est rei dominus ex causa lucrativa, tunc contra heredem agere non potest, nec quiquam potest, sed tale legatum inutile redditur. *Ratio est in textu*; quia duæ causæ lucrativæ in eum hominem, & eandem rem concurrere non possunt. Videtur enim esse contra naturalem æquitatem, id petere, quod jam habet: idque sine ullo tuo incommodo, vel onere, *l. 206. ff. de R. J. Harp. n. 6.*

### AD VERS. HAC RATIONE.

Ex dictis inferit *Imperator*, si cui in duorum testamentis eadem res fuerit legata, quod multum intersit, an legatarius ex primo testamento acceperit ipsam rem, an duntaxat æstimationem. Si ipsam rem ex alterius testamento, nihil potest prætere, neque rem, neque æstimationem. Non rem; quia illam habet ex causa lucrativa adeoque sortitur locum prædictæ regula, quod duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant. Non æstimationem; quia æstimatio inest rei, & propterea peteret quod jam habet, & contra regulam: *quod in eum est, amplius merum fieri non potest.*

Si verò ex primo testamento acceperit æstimationem, rem ipsam ex secundo petere potest Ratio; quia, qui fundum v. g. habet, habet etiam æstimationem, saltem intrinsecam: qui autem habet æstimationem, non habet ipsam rem, *Schamb. hic.*

Q. III. Si legatarius ex primo testamento acceperit æstimationem, & heres in secundo scriptus rem redimere nequeat, an adhuc semel æstimationem præstare debet? Videtur quod sic, quia legatarius nondum habet rem: deinde quantitas scilicet legata, semper debetur: ergo etiam æstimatio. Sed contrarium verius est: *quia æstimatio est loci rei*, ergo sicut rem non potest iteratim petere, sic nec æstimationem iteratim petere potest. *Schamb. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi I. dico, rem tunc deberi, si ejus acquisitio sit heredis possibilis.

Ad II. dico, quantitatem idè scilicet præteriri posse, quia summa multiplicari potest: eadem res sæpius præstari non potest. *Harp. n. 12.*

## §. EA QUOQUE RES. 7.

Legari possunt non tantum res quæ in rerum natura sunt, sed & quæ nondum existunt, futuræ tamen sperantur, v. g. *fructus, qui nascuntur*, item *proles ex animalibus, quæ prodibit*. Ratio; quod est in spe, idem est, ac si esset in re. Tale tamen legatum conditionale non est, sed pro puro habetur, unde legatarius ante natiuitatem fructuum, vel partum proli defuncti, transmittitur ad hæreses. l. 2. §. for. ff. de condit. Mona. num. 4. Ratio assignatur ex l. conditione extrinsecus 99 ff. de condit. Et demonstr. ubi dicitur, quod l. conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, i. e. quæ tacite inesse videntur non faciunt legata conditionalia, subintellige, ut Duarenus, & plerique alii interpretantur, quoad transmissionem. Dixi non ex testamento venientes, nam quæ descendunt ex testamento, i. e. ex verbis aut ex tacita voluntate testatoris, transmissionem impediunt, arg. l. 5. ff. quando dicit legat. cod. Hoon. ad Treut. vol. 2. diff. 13. q. 12.

## §. SI EADEM RES. 8.

Subjicitur in hoc §. Jus accrescendi, quæ materia, teste omnium interpretum iudicio, subtilis, obscura, difficilis involuta, totoque fere jure diffusa est.

10. Definuitur hoc jus accrescendi, quod sit jure quo portio vacans, accrescat portioni occupata. Hoc jus accrescendi, equiparatur alluvioni. l. 33. ff. de usu fruct. Et quædam, & quidem haud ineptè: nam si enim alluvio tacitum, latensque inducit incrementum, nam, id, quod accrescit, tacite, latenterque ipso jure accrescit, i. e. sine ullo prorsus facto pars vacans cedit occupatæ.

Hoc jus accrescendi habet locum in his, quæ ultimâ voluntate relinquuntur,

sive titulo universali sive particulari. Aliter tamen, si universali, aliter si particulari, de quo ut recta methode agamus, Solvitur à portu, pateant hæc verba venis.

I. Itaque jus accrescendi locum habet inter cohæreses testamento scripto, v. g. Titum & Matrum mei hæreses finto. In hoc casu si Matrus moriatur ante aditam hæreditatem, aut repudiet eam, Titus capit universalem hæreditatem, & quidem jure accrescendi, quod idem introducitur, ne testator partem intestatus decedat, contra regulam. l. Justinianum 7 ff. de R. J.

Et hoc jus accrescendi non tantum tunc habet locum, quando testator Titium & Matrum conjunctim sine assignatione partium hæreses instituit, verum etiam si eos separatim vocaverit ad hæreditatem, v. g. certam tribui partem, vel rem relinquendo. Vel si unum tantum hæredem ex parte, vel ex certa re hæreditatis instituerit: tunc enim ejusmodi institutio se extendit ad universum jus defuncti, quasi universaliter facta esset sine mentione patris, vel rei certæ. Ratio non alia, quàm ne defunctus pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, quod fieri non potest, quia actus testandi est indivisibilis. Zues ff. de i. n. 36.

Dicta, quod videt institutus in re certa totam hæreditatem acquirat, procedunt, si is non habeat cohæredem universalem; tunc enim institutus in re certa habetur loco legatarii, & omnia accrescunt hæredi universali, & nihil hæredi in quota instituto: ex re enim singulari institutus est loco legatarii. l. 13. Cod. de hered. inst. Gams. var. resol. c. 10. n. 13.

II. Jus accrescendi locum habet inter legatarios, tunc scilicet, quando res ipsa conjunctim relicta est, ubi scitu dignum necessarium, quid sit conjunctio, & quotuplex, Con.

12 *Conjunctio d-finitur*, quid sit dicendum vel plurium legatariorum ad unam eandemque rem vocatio, quæ tunc contingit, si una eademque res duobus ab eodem testatore legatur.

Ista conjunctio triplex est, *realis*, *verbalis*, & *mixta*.

Conjunctio *realis* est, quando duo vel plures tantum sunt conjuncti. Re autem tantum conjuncti illi dicuntur, quibus eadem res sub diversa ratione relinquatur, v. g. *Titio fundum meum do, lego. Sempronio eundem fundum do, lego*. Et illi, qui re tantum conjuncti sunt, *proprie*, & *in speciem conjuncti* appellantur. *Harp. hic. n. 4.*

Conjunctio *verbalis* est, quando duo verbis tantum sunt conjuncti. Verbis autem tantum conjuncti dicuntur, quibus eadem res legatur, datis partibus sub una ratione, v. g. *Titio & Sempronio fundum meum Tusculanum do, lego*.

Conjunctio *verbalis* est, quando duo re & verbis conjunguntur. Re & verbis autem conjuncti dicuntur, quibus eadem res in una & eadem oratione non expressis partibus relinquatur *Titio & Sempronio fundum meum Tusculanum do, lego. Zues. § h. s. n. 29 & Hann. ad Treutl. h. s. 1b 2.*

His præmissis, Q in hoc §. quid juris sit, si una eademque res pluribus conjunctim relinquatur? R Inter omnes sine dubio convenire in conjunctione reali, & mixta, legatarios in concursu facere partes, ut nimirum inter eos æqualiter legatum dividatur. Si vero alter eorum deficiat, tunc legatum totum ad superstitem, sive collegatarium jure accrescendi pertinere. *Item. l. an Cod. de ead. toll.* Ratio est in præsumpta testatoris voluntate, qui, cum legatarios conjunxit, præsumitur, eorum de potius, ut unus totam rem habeat, quam hæres. *Matz. n. Schamb. hic. vers. observ. 2*

Dices in conjunctione reali, & mixta potius videtur habere locum jus non decrescendi, quam accrescendi, eo quod uterque ab initio conjunctione solidum habeat. R. Id tamen dici non posse, cum solidum ab initio statim, non expectato eventu alterius deficientis, præstendere nullus possit, ut proinde solidum simpliciter non habeat, sed considerata casu alterius deficientis. Adeoque sub diverso respectu videtur habere locum jus accrescendi, & jus non decrescendi. Jus non decrescendi, quatenus singuli considerantur, ut habentes solidum in casu deficientis alterius; jus accrescendi, quatenus considerantur, ut habentes partes. in concursu utriusque, tota igitur res ab eventu pendet, illo scilicet, num alter concurrat, num deficiat. Si respectus habeatur ad casum concursus, videntur habere partes, & per sequens locus est juri accrescendi. Si respectus habeatur ad casum defectus, videtur uterque habere solidum, acobque jus non decrescendi locum fortitur. Quicquid sit de nomine, quis de lana caprina foret, disceptare non vacat. *Schamb. hic. vers. observ. 2.* An in conjunctione verbalis tantum jus accrescendi locum habeat, discutiemus alibi.

#### §. SI CUI FUNDUS. 9.

In hoc proponitur talis casus. Legatus est mihi fundus Cornelianus 300. solidorum, ego postea emi à Cornelio domino fundi nudam proprietatem 100. solidis, relicto ei usu fructu; successu temporis accidit, ut usus fructus finiretur vel per mortem Corneli, vel per capitis diminutionem, & mihi consolidationis jure, adeoque gratis sine onere & pretio accideret, idque vivo adhuc testatore. Q. an ex testamento totius fundi, i. e. proprietatis, & usus-frug-



tus æstimationem petere possim, & non duntaxat proprietatem?

Videtur, quod tantum æstimationem proprietatis, non etiam usus fructus. Ratio, quia sola proprietas ex causa onerosa delapsa est ad legatarium: usus fructus vero ex causa lucrativa. Diximus autem supra, quod duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant.

Hoc non obstante *g.* Julianus hic *§* in l. 82. §. 2. ff. de legat. 1. quod totum fundum petere possim, eo quod usus fructus tantum se habeat per modum accessorii, & servitutis locum obtineat, non autem pars sit rei, sive dominii. Et hoc de rigore juris procedit: aliud de æquitate obtinet, quâ inspicit iudex solummodo heredem condemnat ad æstimationem proprietatis, non etiam pretium usus fructus. *text. hic. §. Harp. n. 4.* Pari ratione, si res alicui legata sit, & in partem emerit à vero domino, altera vero pars ei sit donata, vel quocunque alio titulo lucrativè acquisita: actione ex testamento tantum ad pretium partis emptæ agere poterit. *d. l. 82. §. 3. Petet. dñf. hic.*

#### §. SED SI REM. 10.

- 13 Res legatario propriè legari non potest, ita, ut neque res, neque æstimatio debeat. Ratio: quia quod meum est, amplius meum fieri non potest *text. hic. §. 14. de acq. & non potest dominum nisi ex una causa nobis contingere. Harp. n. 12.*

Sed quid, si legatarius rem suam, sibi legatò relictam, post testamentum factum alienaverit, sicque res ipsius esse desierit? *g.* nihilominus legatum inutile esse. *text. hic. §. d. 41. §. 2. ff. de legat. 1.* Ratio desumitur ex regula Cætoniana, quæ sic habet: *quod legatum ab incerto non*

*valet, tractu temporis non convalescit. l. 1. ff. de reguli. Caton. §. cap. 18. de R. l. in 6.*

Oberudes l. 1. §. fin. de reg. Caton. ubi Celsus in hæc verba refertur: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore est tuus: si cum vivo testatore alienaveris: N. B. legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator Hanc non deservisset.* En! ita de, ut contrarietur lex ista nostro §. ita ut Hotomanus sibi persuadeat, eo operari locari loco, si conciliationi manus admoveatur, quod ponetur, cui circum quadrare niteatur.

At ego, si res accuratiori lance trutinetur, existimo, faciliè istos textus posse in concordiam reduci, si dicatur in casu d. l. 1. §. fin. legatum fuisse conditionale: *lego tibi fundum illum, si vivo me alienaveris.* Si hoc, regula Cætoniana cessat, utpote quæ tantum in legatis puris sortitur locum, non etiam conditionalibus, *C. cetera 41. §. traferi ff. de legat. 1. §. l. 4. ff. de reg. Caton. S. bamb. hic. Harp. n. 6. Huyn. ad Treutl. vol. 2. dñf. 13. q. 25. Arumæ. exercit. 9. th. 5.*

#### §. SI QUI II.

In hoc §. duæ questiones proponuntur. 1. Si quis potest rem, quam legat, esse alienam, & tamen sit sua. Q. *An tale legatum valet?* *g.* in textu, quod sic: Ratio quia favore ultimæ voluntatis plus valet; quod in veritate est, quam quod in opinione. Ratio alia; quia quisque præsumitur facilius ad legandas res proprias, quam alienas, *Marr. n. 2.*

Dices nostræ regulæ diametrum refragatur illa regula, quæ traditur l. 15. ff. de acq. hered. ubi dicitur: *plus valet, quod in opinione est, quam quod in veritate.* Sic in, qui putat se heredem necessarium, cum sit voluntarius, non potest

potest repudiare hereditatem; ergo. *¶* plus valet id, quod in opinione est, quam quod in veritate est, si op'n'o pugnet cum voluntate, *concl.* si opinio non pugnet cum voluntate, sed tantum cum veritate, *neg.* sic volens committere fornicationem, credens se cognoscere personam liberam, quae tamen a parte rei maritata est, licet a parte rei ad illicitum committat, a tunc tamen non est, quia plus valet, quod in opinione est, q. am quod in veritate, cum opinio pugnet cum voluntate, quia si scivisset c. l. conjugatam, illi in non cognovisset: sic & is, qui putat se hanc rem esse necessarium, cum sic voluntarius: non potest repudiare hereditatem: quia non censetur velle repudiare, qui se putat necessarium, cum sciit, quod necessarius repudiare non possit; siquidem alius vel repudiatio in mera ac porsus libera voluntate consistit.

Quod si opinio tantum cum veritate pugnet, plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sic is, qui vult legare rem quam putat esse alienam, à fortiori illam vult legare, si sit sua. Sic etiam, qui putat se à non domino tradatur, verum acquirit dominium. *l. pr. §. 1. Cod. de iur. & fact. ignor. Schaub. hic. Herp. n. 4.*

II. Quaestio est: si testator putavit rem legatam esse legatario, & eam legatario legavit, cum tamen ejus non sit, an valeat legatum? *¶* valere. Ratio: quia preponderat errori voluntas testatoris; praesumitur enim legatarium honorare in actum inutilem facere voluisse. *l. 109. ff. de legat. 1.* Alia ratio habetur in textu: quia exitum voluntas testatoris habere potest.

Dices: dando alteri rem, quam puto esse ejus, non transfero dominium, quia non est voluntas transferendi, *l. 3. §.*

*§. ff. de condit. caus. dit.* ergo etiam non valebit legatum, quia deest animus legandi. *¶* ex favore ultimae voluntatis praesumitur, quod legator velit omnem rem legatam praestari, si possit, hoc autem casu potest: ergo si testator rem quae legatario est, legat, non idcirco non valet legatum, quia animus legandi deest, sed idcirco, quia voluntas ejus effectum sortiri non potest. *Schaub. hic.*

### §. SI REM. 12.

Hoc §. talis causa proponitur: testator legavit in testamento Titio fundum suum, v. g. Tusculanum, postea autem eundem fundum adhuc vivens alienavit, oritur dubium, an alienando censetur legatum revocare? Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, adhuc debere. Ratio: quia legatum omnino periclitandum est, nisi constet, quod testator id aut revocaverit, aut alienaverit. *l. 4. ff. de alim. vel transien. legat.*

Atin' quando testator censetur animo alienandi legatum distraxisse? Quamvis hoc difficile sit cognitu: quia voluntatis quaelibet est, puto tamen hujus distinctionis ope rem dirimi posse, an testator rem distraxerit ex necessitate rei familiaris ductus, an sua sponte sive merè & nudè voluntate.

Si sua sponte rem distraxerit, revocasse legatum censetur, *l. 11 §. 12. ff. de legat. 2.* nisi legatarius probet non fuisse voluntatem & animum defuncti legatum adimendi, *Schubert. n. 4.*

Si ex necessitate rem distraxerit, sortè quia pecunia parata indiguit, vel quia res legata erat peritura, legatum non videtur revocatum, sed haeres rem legatam tenetur redimere, aut estimationem praestare, nisi probet, eum necessariò animo adimendi legatum conjunctum fuisse. *l. 11. §. 12. ind. ff. l. 18. ff. de alim. legat.* AD

## AD V. I I D E M.

- 16 Quid si res legata post factum testamentum à testatore fuerit oppignerata, censeturne tunc quoque legatum adeemptum? Ratio dubitandi: quia oppignratio est species alienationis.

Sed *℞.* non censeri ademptum, sed legatarius heredem compellere poterit, ut rem oppigneratam à creditore luat, sibi que restituat. Ratio, quia res oppigneratae manent in dominio testatoris, ut proinde cum res bonis testatoris non existant, nec legatum ademptum censetur, *Manz. n. 9.*

Quam distinctionem dedimus circa alienationem totius legati: eadem adhibenda est circa alienationem partis. Ratio: quia quid juris est de toto quoad totum, idem juris esse debet de parte, quoad partem. *l. 7. ff. de R. V. Harp. n. 3. & 4.*

## §. SI QUI DEBITOR. 13.

- 17 Qui si creditor debitori suo liberationem legaverit, estne utile tale legatum?

Dixeris quòd non: quia res sua nemini legari potest, sed quòd aliquis debet, illius adhuc dominus est. *l. 2. ff. de libris. legat.*

Sed contrarium deciditur. Ratio: quia non videtur legata res ipsius debitoris, sed liberatio, quae est in facultate creditoris. *Manz. num. 2. 3.* Aded autem utile est tale legatum, ut legatarius heredem compellere possit, ut liberet eum, & instrumenta obligi onera restituat, *text. inc.* Non tamen debitor liberatur ipso jure, sed ope tantum exceptionis. Ratio: quia legatum non est modus tollendi obligationem. *S. h. amb. inc.* Nisi legatarius ab herede puerit, ut se per acceptilationem libaret, v. g. hoc modò: quod ego promissi defunctio, et

heres, habens acceptum? tunc enim ipso jure liberatur, acc. petilio enim est modus tollendus obligationis. *S. h. amb. inc.*

Sicut in perpetuum liberatio legari potest: ita enim potest testator jubere, ne intra certum tempus à debitore debitum exigatur: & tunc pro eo tempore non potest peti nec usura nec poena. Nam ubi nulla est poena, ibi nulla mora est. *Schneid. n. 4.* si x autem debentur ex mora *l. 32 §. 2. ff. de usur. Manz. n. 14.*

## §. EX CONTRARIO. 14.

Quid si v. d. è contrario debitor creditori suo debitum legarit, valetne legatum *℞. cum distinctione*, si nihil plus est in legato, quàm in debito, inutile est legatum, v. g. si is, qui debet 100. legat 100 Ratio: quia legatum est donatio, hoc autem casu nihil donaret, ergo.

Si verò plus est in legato, quàm in debito, tunc omnino valet: quia jam sapit donationem. Hinc si debitum sit in diem, vel sub conditione, & illud lege ut purè, legatum est utile, propter representationem, h. e. propter praesentem solutionem. Il enim lucratur creditor, quòd accipiat statim post mortem debitoris id, quod post certum tempus, aut post eventum conditionis cu iprius praestandum erat, aut quod interdum nunquam daretur, si fortè conditio non exstiteret. *Manz. n. 6.*

Idem est, si causà, aut loco plus sit in legato, quàm in debito, enim verò & tunc legatum utile erit, v. g. si aliquid debeatur in genere, & illud legatur in specie; vel si debeatur centum Romanæ, illorum solutio legatur Vicanæ. Vide *Manz. num. 7. & seqq.*

## AD V. Quid si vivo.

Q. hic, quid si autem in legato in diem, vel sub conditione, vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, est ne nihilominus legatum utile? In exemplo: debui Sempromio 100. solvendo post triennium, & legavi purè, hoc in casu, ut dictum, utile est legatum.

Quid si autem vivam adhuc per triennium, & dies solutionis adveniat, utrumque utile? dixeris, quod non: quia commodum representationis, i. e. praesens solutio cessat, & nihil amplius est in legato, quam debito: praeterea res devolvitur in illum casum, à quo non potest morari. Quae posterior ratio movit Paulum. Cum in l. debitor. 82. ff. de legat. 2. ut velit, tale legatum non valere.

Sed Imperator rejicit sententiam Pauli, statuitque secutus Papinianum in l. 5. ad fel. quod nihilominus utile sit legatum. Ratio est in textu; quia semel constituit. Quod Manz. hic. num. 14. ita explicat: quia potuit habere locum representatio; potuit enim fieri, ut debitor ante diem moreretur, aut conditio non existeret. Inspiciendum ergo est, quod evenire potest, & id potius, quod est in aptitudine, quam quod est in actu.

Ad rationem dubitandi ꝑ. quod dicta regula non procedat, cum casus superveniens tendit ad eandem finem, quem non tam impedit, aut destruit, quam promovet, Zoes. ff. h. t. n. 21. Manz. n. 15.

Hinc regula illa: non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, darent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt, l. 85. §. 1. ff. de R. J.

*Nov. ad Institut.*

## §. SED SI UXORI. 15.

Pro hujus §. intellectu, Nota I. Quod 18 de jure communi dos soluta matrimonio revertatur ad uxorem, sed partem dotantem, l. 2. ff. solut. matrim. nisi pactum de lucranda dote intervenierit. Schneid. n. 1. Et quidem hodie, si dos consistat in bonis immobilibus, tunc statim: si in mobilibus, non nisi intra annum reddenda est l. n. §. cum autem. Cod. de rei vend. ad Schamb. hic.

Nota II. quod maritus habeat beneficium competentiae adversus uxorem, quae dotem repetit, h. e. non potest conveniri, l. 12. ff. solut. matrim. Hic praebatur.

Q. An valeat legatum, si maritus uxori dotem relegat? Dixeris non valere, quia res sua nemini recte legatur, sed dos jam ante est uxoris, cum naturale ejus dominium habeat, l. 30. Cod. de jur. dot.

Contrarium sancit hic Imperator: Ratio; quia plenius est legatum, quam de dote actio. I. Propter commodum representationis: quia legatum statim peti potest; dos autem si in re mobili consistat, non nisi intra annum reddenda est. II. Si pacta domilia uxori incommoda sint opposita, censentur illa cessata. l. 6. ff. h. t. III. Si maritus in dotem expensas fecerit, censentur remissae. d. l. 1. §. 2. ff. h. t. IV. Quia marito & liberis ex eodem matrimonio natae competit in actione dote beneficium competentiae: legata necem in solidum persequimur, neque ulla obstat hoc beneficium. Schamb. hic.

## AD V. SED SI.

Q. hic, quid si maritus uxori dotem legaverit, quam non accepit? ꝑ. cum dysfunctione l. 1. §. 1. ff. h. t. vel maritus impliciter dotem non expressa ulla dote quantitate legavit, tunc non valet legatum,

B b b quia

quis cum nihil sit datum, nihil hoc legato conceditur: propter incertitudinem voluntas exitum habere non potest.

Vel expressit certum corpus, eius quantitatem, v. g. centum, quos mihi dotis nomine attulit, vel fundum Cornelianum, quem in dotem mihi dedit, do, lego uxori, & valet legatum, *text. hic* Ratio, quia sub iusto errore dotis manet favor legati & dotis, & licet nullam dotem attulerit, tamen alia demonstratio, vel causa adiecta legatum non evertit. *Manz. mon. 12.*

#### §. SI RES LEGATA. 16.

19. Q. Si res legata pereat, cuinam, an legatario interitus iste noceat an hæredi, ita ut hic æstimationem adhuc præstare teneatur. *¶ textus, si res legata sine facto hæredi perierit, legatario dedit.* Ratio quoad legatarium, quia res perit domino. l. 6. §. 9. *Cod. de pignorat. ad.* atqui dominum res legata accedit à morte testatoris legatario; ergo. Ratio quoad hæredem: quia interitus rei in specie debitor ad creditoris periculum spectat. §. 3. *Inst. de empt. & vendit. §. l. 12. qui 45. §. de O & A. Manz. n. 2.*

Dixi interitus rei in specie debita: nam si aliquid in genere vel quanticum relictum sit v. g. centum florini, & illos amiserit hæres, dum voluit solvere, ea propter non liberatur: Ratio; quia genus perire non potest. Sic ita nec quantitas. *Schamb. hic. Schneid. n. 3.*

Dixi II. circa culpam: nam si culpa, si ve ut Imperator loquitur, factis hæres res perierit, hæredi perit, ita, ut teneatur legatario præstare rei æstimationem. Ratio: quia factum cuique suum, non aliis nocere debet, l. 195. *ff. de R. J. & casum præstat, cuius culpa præcessit, l. 30 §. 4. ff. ad leg. fol.*

Dixi III. vel circa moram. Nam si hæ-

res moram commiserit, & præstationem legati distulerit non liberatur. Ratio: quia mora culpe species est. *cap. am. X. de commodat. & mora cuilibet sua, non aliis nocere debet. c. mora. 26. de R. J. in 6.*

#### AD §. SI VERBO.

Quid si servus hæredis legatus sit, & ipse hæres eum manumiserit? *¶ textus.* hæredem tenei (puta ad æstimationem, nam libertas servo semel data revocari non potest. *arg. §. 6. quib. est caus. manumiss. non licet*) nec refert, si ve sciverit, si ve ignoraverit servum legatum esse, licet enim regulariter iusta ignorantia excuset, tamen hic nocet, quia hæres defuncti factum præstare tenetur, cum ex defuncti persona lucrum sentiat. *Manz. n. 9.*

#### §. SI QUIS ANCILLAS. 17.

Contingit quandoque, eadem res plu-20 res legari. unde oritur questio, si una ex illis rebus perierit, an debeatur adhuc altera? *¶ text. cum dispositione;* vel sunt tales res, quarum una non accedit alteri accessoria, sed habet per se modum principalis, vel ita ut tales res, quarum una est alteri accessoria.

Si prius, licet una res pereat, altera tamen debetur. Ratio; quia intelliguntur eadem res principia esse legatæ. Unde si quis ancillam cum suis nativis si ve liberis legavit, licet mortuus sit ancilla, partus tamen debetur. Ratio: quia partus non est in fructu, neque enim nature humanæ dignatus patitur, ut partus in fructu aut accessione sit. *Schneid. n. 3. §. 4.*

Si posterius, extinguatur totum legatum. Ratio; quia accessorium sine principali non potest subsistere. Unde si servus fuerit cum peculio legatus, mortuum servo, neque peculium datur. Ratio; quia peculium loco accessorii est.

§ 1. Ex eodem capite fluit, si quis fundum legaveris cum instrumentis, & dando fundum voluntariò alienaverit, quòd extinguatur legatum, ita, ut neque instrumenta debeantur, quia instrumenta vicem accessoria tenent.

Non obstat, quòd J. Cuius in l. 1. §. de instructo, vel instructum, legat. dicat, duo legata esse. Nam hoc ita intelligendum est, quòd unum sit principale, alterum accessorium, ne aliàs in eodem lege admittatur contradictio. *Mant. nom. 7.* Ista alia pace transeunt. Sed

Quid, si dixerit testator: *Lego fundum instructum*? Idem Iuris esse statuit textus §. nostri. *Item est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit.* Sed vehementer, & quasi e diametro.

Adversatur l. 5. §. de fundo instructo, ubi ita scribitur: *si cui fundum & instrumentum ejus legare vis, nihil interest, quandoque leges: fundum cum instrumento: an fundum & instrumentum: an fundum instructum.* Ima contra: nam inter ea legatio hoc interest, quòd si fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hoc scriptura fundum cum instrumento, imbutus legatum: ex ceteris potius instrumentum esse legatum. Varii iterum varia pro consultatione in medium produciunt. S. bemb. hoc, aut observandum esse: duplicia haberi à patrefam. instrumenta, quòdam ad cultum necessaria, quòdam, quæ potestatem habet, ut fundus magis instructus sit. l. 12. §. sed si fundus. 27 §. h. t.

Si legatus sit fundus cum instrumento, sola necessaria veniunt, & accessoria, quæ pereunte legato etiam pereunt: si fundus instructus, etiam reliqua instrumenta, quæ potestatem propria habet, debentur pereunte legato, hæc non pereunt, quin non sunt accessoria.

### §. 31 GREG. 18. CUM §. 19.

Quid si grex ovium fuerit legatus, & postea totus ad unam venerit, Quid legatum mutatur itum potius & vindicare possit?

Dixeris, quòd non; quia re legatus pereunte, legatum non debetur, §. 16. supra: sed si grex ovium ad unam reducit, grex perit, quis decem coalligunt gregem, l. 3. §. de abig.

Contrarium hio deciditur: ratio, quia legato grege, & sic quodam totali, singulæ ejus partes legatæ censentur. l. 22. §. de legat. 1.

### AD §. GREG.

Ex hoc §. observa quòd si post testamentum augeatur numerus gregis, h. e. ad 150. ascendat, cum tempore testamenti facti tantum 100. erant, augmentum, legatario debeatur. Ratio, quia grex non nimis est universale corpus, quàm sedes: sicut ergo ædibus legans columnæ, & marmora, quæ post factum testamentum adjecta sunt, legato cedunt: ita & oves, quæ post testamentum gregi adjiciuntur. Ratio utriusque; quia universalis corpora recipiunt augmentum, & decrementum, & tamen semper sunt eodem; atqui tam sedes, quàm grex sunt corpora universalis; ergo *Mant. loc. cit. n. 5.*

Contra dicta objicies: mortuo bove qui legatus erat, neque corium, neque caro debetur. l. 49. §. de legat. 2. ergo mortuo grege una ovis non debetur. R. Disparitatem esse, quòd legato grege, singulæ oves censentur legatæ; bove autem legato, bovis est legatus, non etiam reliquæ bovis. Schamb. loc. cit. Harp. n. 12.

Urget per l. fin §. quibus modis usus fructus amittit, ubi dicitur: cum gregis usus fructus legatus est, usque eo mortuus pereuntis gregis, ut grex non intelligatur, i. e. non

*sint oves decem, perit usus-fructus; ergo etiam hic legatum &c. conc. aut neg. cons.* Disparitas est: quia usus-fructus facilius perit, quam proprietas; sed quæ ratio huius? *Schomb.* hanc assignat, ut aliquid ad proprietatem adhuc perveniat ne proprietati ei reddatur plane inutilia. Si enim autem legatarius unam adhuc petere potest ovem, ita etiam potest petere plures, si grex post factum testamentum actus sit, quidquid enim legato huic accedit, vel decedit, succedit, & deoritur legatario, semper est enim grex, *l. 21. ff. de legat. 1.* qui neque accretione, neque decretionem mutatur, sed idem manet. *l. 21. §. 1. ff. de except. rei jud. Schomb. hic. Et Harp. n. 1.*

#### §. SI PECULIUM. 20.

29 Pro faciliore huius §. intellectu observandum est, quid sit cedere diem, & venire diem. Cedere dies dicitur, quando res incipit deberi. Venire dicitur, quando res peti potest. *l. 21 §. ff. de V. S. Tac v. g. Titio mihi promittas dare centum pro una die Septembris.* Hoc in casu statim à die factæ promissionis dicitur cedere dies, quia centum incipiunt deberi, sed venisse dies non dicitur; hæc ante primum diem Septembris istos centum petere non possum. *Schomb. n. 2.*

Dices; ad quid prodest cessasse diem, & non venisse? numquid inanis est illa cessio? &c. Ad hoc respondeo, quod cessio diei operetur transmissionem, h. e. quod res illam cuius dies cessit, sive quæ incipit deberi, transmittatur ad hæredes, si contingat legatarium mori, priusquam dies veniat; quia omnia ea transmittuntur ad hæredes, quæ debentur, sed ea, quæ cessata sunt, debentur, ergo. *Manz. n. 2.* huius promissio.

Q. Quando ergo dies legati cedat? &c.

*aut est legatum purum,*

*aut in diem certum; aut conditionale?*

Si est legatum purum, tunc statim à die mortis cedit, & venit dies, adeoque tale legatum ad hæredes transmittitur, licet legatarius decedat ante aditam hæreditatem. *l. ff. quando dies legat. ced.*

Si est legatum in diem certum, tunc quidem statim post mortem testatoris cedit, sed non venit dies, adeoque ante adventum diei peti non potest. *l. 1. §.*

Si est legatum conditionale, vel in diem incertum: tunc ante conditionis existentiam, aut diei adventum neque cedit, neque venit dies, ac proinde legatum non debetur, neque etiam pendente conditione & die legatarium ad hæredes suos transmittitur. *l. 4. Et §. 5. 2. Et l. 21. ff. eod. Schomb. n. 1. 6. Et 7.*

Sicut in legato conditionali ante diem aut conditionis adventum neque cedit, neque venit dies, ita etiam in usu-fructu, aut alterius servitutis vel iura personalis legato neque venit dies ante aditam hæreditatem, *l. 2. Et l. 8. ff. eod. Ratio:* quia si ante cederet, frustranea foret cessio, quæ inventa est propter transmissionem, sed iura personalia ad hæredes non transmittuntur, *l. 1. 2. Et 3.* quia personalia personam non egrediuntur. *Manz. n. 21.*

Cætera, quæ de peculio, quod servo legatur, hoc in §. tractantur, cum in usu non sint, attendenda non sunt. Quare si antiquitatem te tenet desiderium, confer te ad *Manz. aut Schomb. hic.*

#### §. TAM AUTEM. 21.

Docet in §. *Justinianum*, non solum res corporales, sed etiam incorporales legari posse. Sic testator legare potest, quod sibi debetur, licet debitum & obligatio res tantum incorporales sit: v. g. dicat testator, *Titio do, lego mille quos mihi Alexius debet.* Sed;

Quomodo

Quomodo præstabitur tale legatum :  
 cedendo actionem l. 7. §. ff. de legat.  
 1. Itaque si hæres actionem illam, quam  
 contra debitorem habet, legatario cesserit,  
 liberatur, utque opus habet, pecunias  
 legatario solvere. l. legatum 105. ff.  
 rod. juxta regulam : obligatus eo, quia  
 actionem habet ; cedendo eam liberatur.  
 l. 51. ff. de peculio. Manz. num. 4. At  
 qualem actionem consequitur legatarius ?  
 ff. si hæres actionem cesserit, consequi di-  
 rectam, si non cesserit, utilem, quæ  
 idem consequitur quod directa. L. ex le-  
 gato 18. Cod. de Legat. Harp. n. 7. hic.

## AD 7. NISI.

Quid si testator debitum, quod lega-  
 vit, ipse exegerit ? ff. legatum extingui.  
 tex. hic. Ratio : quia censetur mutasse  
 voluntatem ademptisse legatum. Ratio alia :  
 quia legatum consistit in obligatione so-  
 lutionis ejus, quod debetur, tollitur o-  
 bligatio ; ergo. Aliud est, si debitor ul-  
 tro obulerit debitum, tunc enim legatum  
 non censetur revocatum. text. in l. 11.  
 §. 13. vers. Cum tamen ff. de legat. 3.  
 Offerente enim debitore non potuit non  
 accipere ; ergo non videtur animum mu-  
 tasse. Zoes. ff. de adimend. legat. num. 19.  
 Schneid. n. 6.

## AD 7. SED ET TALE.

Non tantum res, sed etiam facta le-  
 gari possunt, v. g. Mævi damnas esse  
 Titio domum exstruere. Ratio : quia &  
 voluntas testatoris debet habere exitum,  
 & tale legatum utile est, nec res tan-  
 tum, sed & facta in obligationem ve-  
 niunt. Harp. n. 69.

## §. SI GENERALITER. 22.

25 Genus in sensu juridico propriè id  
 dicitur, quod sui naturæ pluribus sese  
 speciebus communicat, & quod nomine

quidem incertum atque confusum est,  
 sed per species contentas fieri certus pos-  
 test. Harp. num. 2.

Hoc triplex est : Genus generalissimum,  
 genus subalternum & genus infimum.

Genus generalissimum est, quod su-  
 pra se aliquid prædicabile non habet,  
 ut ens, res, substantia. Genus subalter-  
 num est, quod continetur quidem sub  
 genere generalissimo, prædicatur tamen  
 de pluribus differentibus specie, ut cor-  
 pus animal. Genus infimum est quod  
 de pluribus differentibus numero prædi-  
 catur, ut homo, bor, equus, &c. & hoc  
 vulgò à Dialecticis vocatur species, si-  
 cuti JCrī speciem nuncupant, quod Dia-  
 lectici individuum vocant. v. g. Strichus  
 Bucephalus, fundus, &c. Harp. n. 4.  
 Schneid. n. 3. & Schaub. hic. His præ-  
 missis.

Dico I. In genere generalissimo, seu  
 subalterno, si legatum relictum sit, il-  
 lud est inutile. Veluti lego rem, animal.  
 Ratio quia ejusmodi legatum ridicu-  
 lum, & denotum futurum esset, cum  
 hæres rem minimam vel muscam solven-  
 do se liberaret. Itaque de tertio duntaxat  
 genere noster §. tractat. Hinc

Dico II. Si in genere infimo legatum  
 relictum sit, refertur, an legatum con-  
 tineat individua, quæ habent certos &  
 determinatos fines à natura, veluti ho-  
 mo, equus, bor, &c. & indistinctè tale  
 legatum valet, non attentâ considera-  
 tione, an testator tales res in patrimonio  
 habuerit, nec ne? L. Legato 37. ff. de  
 Legat. 1.

An contineat dividas, quæ non ha-  
 bent certos fines à natura, sed constitu-  
 untur hominis facto, ut domus, quæ  
 potest à domino dividi interjectis parietibus  
 in quotcunque domunculas voluerit ; & hoc in casu distinguitur, an tes-  
 tator tales res & domus in patrimonio

habuit;



habuerit, quo casu valet legatum: an testator non habuerit in patrimonio *medes*, & tale legatum rogis derisorium est quam utile, *L. 21. ff. de legat.* quia posset heres litem domunculam dando se liberare. *Schoenl. n. 8. Et seqq.* Idem quod de domo legata diximus, dic de fundo & vino legato. Si fundus, si vinum legator: refert num testator ea in patrimonio habuerit, quo casu valet legatum. num non habuerit, quo casu derisorium est, eo quod pars glebæ fundus, & gutta vini vinum sit. *Schoenl. hic.* Jam lubet in ordinem, & explicationem nostris *§. reuertit*, pro cuius intellectu,

Q. Si res in genere legetur, cuiusnam sit electio, an hæredis, ut possit solvere, quod lubet, an legatarii, ut possit accipere, quod placet? Regula quidem est, quod in alternatis electio sit debitoris, *cap. in alienationis, de R. J. in 6. Et l. plerumque 10. ff. de iure dot.*

R. tamen Imperator, quod electio sit legatarii idemque confirmat. *L. legato 37. ff. de legat. 1.* Ratio: quia electio ad eum spectat, cui gratia est concessa. Ratio alia assignatur a *Schoenl.* qua contractus strictè, ultimas voluntates laxè interpretamur. Non mirum proinde, quod in contractibus, ubi versatur debitum genericum, aut alternatum, debitoris sit electio.

Dicta procedunt, si testator aliud non dixerit, nam si ex verbis testatoris aliud possit colligi, optio danda est hæredi. Hinc si dixerit verba executiva ad hæredem, v. g. hæres meus damnas esto dare Sempronio unum ex meis equis, tunc electio est hæredis. *Schoenl. n. 15.* vel si res in genere legata, non sit in patrimonio testatoris, tunc electio etiam hæredis est, v. g. Sempronio equum lego: hoc in casu, si nullum equum habeat, non potest legatarius aliquem eli-

gere. *Id. 2. ff. de opt. legat.* Ratio quia electio in rebus alienis non conceditur. *Max. num. 7. Harp. num. 13. Et seqq.*

Sed quomodo sit electio? R. legatarius civiliter eligere debet, h. e. nec optimum, nec pessimum, sed median-

#### 5. OPTIO. 23.

Optiois legatum dicitur, cum testa-  
tor jubet legatarius aliquem ex rebus suis optare, i. e. eligere, dicendo v. g. *Semproni ex equis meis quem voles, elige, aut tibi vindica.* Dissert à legato generis l. quod in legato generis meliorem eligi debeat: in hoc vero optimum possit eligi. *L. 2. ff. de opt. legat.* Quod olim legatum fuerit transmissivum ad hæredes, legatario ante electionem decedente. Optiois vero etiam ratio est in textu: quia tale legatum reputabitur conditionale; constat autem ex supra dictis: quod legatum conditionale, legatario ante eventum conditionis mortuo, ad hæredem eius non transmittitur. Dixi olim, hoc enim ex constitutione Imperatoris in meliorem statum reformatum est, & hæredi legatarii licentia data optare, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Ratio est alia, quia favor ultimarum voluntatum, *Max. n. 6.*

#### AD 5. ET DILIGENTIOR.

Si duobus vel pluribus optio relicta sit, & ipsi dissentiant in corpore eligendo, (nam homines ad dissentiendum sunt faciles) vel si uni legatario optio legata sit, iste vero plures hæredes reliquerit, qui in eligendo dissentiant, dubitabatur olim, quid esset statuendum. Aliqui ex *Juris* volebant, perire legatum, alii in pendenti esse legati petitionem, donec consensisset; eo quod condicio defecisset, vel esset in suspensa.

god Imperator in l. 3. *Cod. commun. de legat.* statuit, sorte licem esse dirimendam, ut, quem fors tetigerit, is solus potestatem eligendi haberet. Ratio est in texto; ne pereat legatum. *Mans. n. 7. § 8.*

Illud notandum, quod à fortis sive fortunæ iudicio nec appellari, nec contra eam restitutio in integrum peti possit, nisi fraudem interveuisse quis probare velit. Ratio: quia fortuna in hoc mundo non habet superiorem, ejusque dux Deus est, secundum Salomonem. *Proverb. cap. 16. vers. 43. Harp. man. 16. Schmid. n. 4.*

#### §. LEGARI. 24.

Hactenus, de rebus quæ legari possunt. Jam de personis, quibus legari possit, statu, quæ Imperator illis legari possit, cum quibus est testamenti factio, puta *passim*, h. e. qui hæredes scribit, atque institui possunt. Favore tamen alimentorum receptum est, ut liceat etiam inopacibus, & qui testamenti factionem non habent, alimenta legare, v. g. *de portatis. l. 11. ff. de aliment. legat.*

#### §. INCERTIS. 25.

Ubi sicut incerta persona hæres institui non potuit, ita neque incertæ personæ legata & fideicommissa relinqui poterant, eod quod certum debeat esse testatoris iudicium. Quod adeo procedebat, ut neque à recte incertæ personæ legari potuerit, *text. hic.*

Incerta autem persona illa dicitur, quam testator incertâ opinione animo subiecit, veluti: *quicumque filio meo filium suum in matrem nominis dederit, et hæres meus illum finitum dato*, aut ita: *Qui primi à morte mea consules designabunt, his hæres meus 100. solidos dato*. Tale legatum, inquit textus, olim non valebat. Dicitur autem olim, aliud enim

de jure novo obtinet, uti in §. 27. h. s. videbimus.

#### AD VERS. LIBERTAS.

Fit hoc in v. ampliatio ad præced. regulam, videlicet quod nec libertas incertæ personæ legari potuerit: eo quod nominatim servis libertatem dare oportuerit, nominari autem nequit, qui incertus est.

#### AD VERS. SUB CERTA.

Limitantur præmissa, ut in legato sub certa demonstratione non procedant. Hinc & olim potuit sub certa demonstratione, h. e. ex certo personarum numero incertæ personæ legari, v. g. *ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filium meum incertum duxerit, et hæres huiusmodi datum*. Ratio: quia saltem disjunctivè certum erat testantis consilium. *Schamb. hic.*

#### AD VERS. INCERTIS.

Q. hic, an si hæres legatum incertæ personæ relictum solverit, putans ex errore juris se teneri possit illud per conditionem indebiti repetere? *§. negativè*, quia repeti prohibentur, quæ naturaliter debita solvantur. l. 3. §. ult. ff. *quod quisque jure*. ei & legata ex imperfecto testamento soluta repeti non possunt. l. 2. *Cod. de fideicommiss. Schamb. hic. § Harp. man. 12.*

#### §. POSTHUMO. 26.

Posthumus alienus ille dicitur, qui natus suus hæres non sit, qualis est, qui ex filio emancipato concipitur, & nascitur nepos. Item qui ex filio in potestate constituto nascitur nepos. Nam ut quis posthumus suus dicatur, requiritur l. ut sit in potestate, qualis non est conceptus ex filio emancipato, Il. ut primum gradum obtineat, qualis non est natus

natus ex filio in potestate constituto. *Schamb. & Manz. hic.* Tali posthumo alieno olim legari non potuit. Ratio : quia incertis personis legatum relinqui non potuit; atqui posthumus alienus duplici ratione incertus est. I. num nasciturus sit? II. num suus futurus sit? Et quamvis etiam in suo posthumo natiuitatis dubium versaretur, tamen *favor fuitatis illam institutionem conservabat.* *Manz. num. 7.* Verùm cum subilis nimis erat hæc constitutio, ideo ista omnia emendavit *Imperator*, uti mox audiamus.

#### §. SED NEC HUIUSMODI. 27.

Ista omnia, quæ incertis personis, & posthumis alienis hæcenus diximus, olim obtinebant. *Iustinianus* autem ea corripuit, atque hic illam correctionem in codice repetit, quod de priori codice intelligas, necesse est, nam in hodierno codice non extat, satis tamen est, eam correctionem in nostris institutionibus hic confirmari. Et licet, quia prior codex interdixit, nihil certi de correctionis *Synopsi* constet, in hoc tamen communiter DD. conveniunt, quod primò in certæ personæ legari possit, modo tamen tale incerta persona, vel nunc vel in futurum possit, certificari nequeat, voluntas est nulla. *Schamb. Manz. n. 2. Schneid. n. 4.*

#### AD VERB. TUTOR.

Licet, ut dictum incertæ personæ legari possit; tutor tamen incertus dari non potest. Ratio est in textu; quia certò iudiciò debet quis pro tutela suæ posteritati cavere. Ratio alia; quia testamentarius tutor liberatur à satisfactione, & ideo, quia fides à testatore satisproba-

ta præsumitur, quæ probatio in persona incerta locum habere non potest. *Manz. n. 5.*

#### §. POSTHUMUS. 28.

Posthumus, inquit *Imperator*, alienus hæres institui & antè poterat, & nunc potest. Nam quòd possit, liquet: quia ut possit, constituit eà constitutione, cujus suprà meminimus. Sed magnum exoritur dubium, quomodo *Imperator* hic possit asserere, & antè posthumum alienum potuisse hæredem institui, cum id in §. 26. *suprà b. t.* expressè neget?

Ego, ne inutili hac materia plus æquò me det neam, omiſſis aliorum conciliationibus, quarum IV. affert *Schamb.* puto hanc inter alias eminere: quòd posthumus alienus, & antè hunc potuerit hæres institui spectato Jure civili. *Harp. num. 2. hic. & Manz. n. 4.* Sensus ergo talis est: sicuti olim posthumus alienus potuit de Jure prætorio hæres institui, ita nunc potest de civili.

Unus tamen casus excipitur, si scilicet posthumus sit in utero ejus mulieris, quæ de Jure nuptias contrahere vel uxor esse non potest: h. e. cum qua nemo de Jure nuptias contrahere potest, sicut olim cum virgine Vestali; & hodie cum moniali.

Quantum autem ad legata animet, ea posthumo alieno relicta neque de Jure prætorio, neque de Jure civili olim valebant. Ratio: quia prætor non prospiciebat legatis, sed duntaxat hereditatibus. Et cum *Imperator* absonum videretur, potuisse hereditatem alicui posthumo alieno relinqui, non verò legatum: fuit fortè hæc ipsa ratio, quæ ad correctionem eundem inflexit.

## §. S I Q U I D E M. 29.

30 Nota, quid sit nomen, cognomen, prænomen, & agnomen, ut Publius Cornelius, Scipio Africanus. Prænomen est, quod nomini antepositur, ut in dato exemplo *Publ'us*. Nomen, quo quis vocatur, uti *Cornelius*. Cognomen, quod in distinctionem familiarum assumitur. Agnomen, quod ab eventu, re gesta, vel alia de causa impositum est. v. gr. *Cicero à cicare*, *Scipio Africanus à devicta Africa*. *Schamb. hic. Harp. num. 3.*

Q Si testator in nomine, prænominē, cognominē, aut agnominē erraverit, an legatum valet? *℞. nihilominus valet legatum, si de persona constat.* Hinc si testator scripserit: lego Pub'io fratri meo, qui vocatur Marcus, legatum non vitiatur. Ratio est in textu: quia nomina significandorum hominum gratia reperia sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. Idem est, si in rei legatæ proprio vocabulo erratum fuerit, modo de re constat. Hinc si quis, fundum Sempronianum legaverit, qui vocatur Cornelianus, valet legatum, *l. 4. ff. de legat. 1.* quia de nomine non curatur, modo de corpore constat. *Harp. n. 5.*

Sed quid, si testator eam nomen appellativum erraverit, v. g. si quis, cum vellet vestem legare suppellectilem ascriptis, vel pro equo bovem; *℞. quod tunc legatum vitatur, d. l. 4.* quia nomina appellativa sunt inventa cum rebus, ac proinde immutabilia. Nam fundus, qui hodie Cornelianus fuit, potest etiam Sempronianus esse: mutatio nimirum domini fundi. *Mauz. num. 4. §. 5.* Deinde talis error sapit l'ituitiam, proinde intolerabilis. *Schneid. n. 4.*

*Notæ ad Institute.*

Sanè si nomina appellativa talia sint, quæ ab impositione civil. originem habent, ut sunt artificum nomina, v. g. *pictor, pistor*, &c. error circa ea legatum non vitiat, v. gr. lego Titium pictorem, qui pictor est, quia ly pistor est per modum demonstrationis adjectus, quæ falsa non vitiat, uti §. seq. dicimus. *Schamb. Harp. n. 12.*

## §. H U I C P R O X I M A. 30.

Sicut falso legatarii nomine, sic falsè demonstratione rei legatæ legatum non vitatur. Quare, si testator ita scribat: Scicho servo, quem à Cajo emi, do, lego, licet ab alio, quam Cajo emerit, tamen utile legatum est, modo de serva constat. Idem est, si falsa circumscriptio, ne designet legatarium, v. g. Joanni Medicinæ Doctori centum do, lego: licet, Joannes Jurisperitus sit, legatum valet. Ratio; quia de corpore si constat, de nomine vel demonstratione non curatur; & ubi constat de substantia, non curatur de accidenti. *l. 34. ff. de condit. & demonstr. Mauz. n. 3.*

Dicta procedunt, nisi legati substantia deficiat. Hinc si dicat testator: lego 100. quæ in arca sunt, legatum non valet. *l. 51. ff. de legat. 1.* vel si dicat: lego Titio 100. quos mihi debet, si nihil debeat, legatum perit. *l. 75. §. 2. ff. cod. Schneid. & Schamb. hic. Harp. n. 7.*

## §. L O N G E M A G I S. 31.

Nota, quod causa exprimitur per conditionem, quæ. a. vel quoniam. Condicio vero per si, vel cum. Modus vero per ut, quemadmodum diximus in tit. 10. de nuptiis vers. secundum impedimentum dormiens est condicio.

Quando igitur legatum relinquitur, adjecta falsa causa, propterea non vitatur, veluti si testator ita scribat: Titio, quia

quia negotia mea curavit, Stichum do, lego: vel ita; Titio, quia ejus patrocinio capitali crimine liberatus sum, centum do, lego; va et legatum, licet Titius mea negotia non curavit, neque patrocinio suo me liberavit. *test. hoc. Ratio*, quia legatum est mera liberalitas, & nullam requirit causam. *Schamb. hic.* Nisi testator præcise vi & motivo illius causæ legasset; ita ut aliis legaturus non fuisset, quod non præsumitur, sed hæredi probare incumbit *l. 72. §. falsam ff. d. t. Mox, n. 4. Schamb. loc. cit.*

Quod si legatum relinquatur sub conditione, ita ut causa sit conditionaliter enuntiata, tunc causa falsa vitiat legatum; deficiente enim conditione deficit legatum, veluti si Titius negotia mea in Italia curaverit, lego ei centum; hic si negotia non curaverit, legatum non accipiet ex dicta ratione.

Idem, quando non sub conditione, sed sub modo causa adjecta est; veluti lego Titio centum, ut hoc, nam illud faciat. Hoc legatum peti non potest, nisi modus, sub quo relictum est, fuerit adimpletus, *l. in fine. ff. de condit. & demonstrat. Schneid. n. 6. Harp. mon. 7.*

In eo tamen maxime diversum est legatum sub conditione à legato sub modo. Legatum enim sub conditione perit, etiamsi conditio defecerit casu fortuito, aut terri factio vel culpa, vel quocumque alio modo. *l. 110. ff. de condit. & demonstrat. l. 4. Cod. de condit. insert.* Contrà, si per legatum non sit, quominus impleatur modus, legatum debet. *sur.* & ad heredem transit, veluti legato Titius relicto, ut aliqui nubar, si is velit Titiam ducere, legatum nihilominus eidem Titiae debetur; sufficit enim per honorariam personam non stare, & nominis satisfactio modo, quocumque eodem casu contingat, facultatem im-

plendi modum deferere; *l. 1. Cod. de hù; qua sub modo legata, Et. Harp. n. 3. ibi.*

#### §. AN SERVO. 32.

Causa §. talis est: Titius hæres esto, servo autem Titii lego mille, *Q. An legatum valeat?* *R.* potè inutiliter legari, quia idem esset debitor & creditor, vel idem esset hæres & legatarius, quod implicat. Creditor esset, & legatarius, quia, quidquid servus acquirit, domino acquirit: debitor & hæres esset, quia ipse tanquam hæres illud debet præstare.

Dices: potest servus ante mortem testatoris alienari vel manumitti; ergo adhuc potest valere legatum. *R. neg. confeg.* Quia obstat regula Catoniana, quæ vult, quod ab initio non valet, transu temporis non convalescere.

Dixi *pote*: quia sub conditione tali servo legari potest; nam tunc attenditur eventus conditionis ante quem talis legati dies non cedit. *l. 5. §. 2. ff. quando dies legat. ced. Schamb. hic.*

#### §. EX DIVERSO. 33.

*Q. An ex diverso valeat legatum à servo relicto domino, v. g. si servus hæres instituitur, & domino relinquatur legatum?* *R.* valere: quia dominus idem hæres, & legatarius non sit. Sed dominus tantum est legatarius, non hæres, donec servus jussu domini hereditatem adierit: adeoque si servus fuerit manumissus, ante quàm jussu domini hereditatem adierit, servus sibi acquirit hereditatem, & dominus manet tantum legatarius. Planè servo adeunte jussu domini hereditatem, legatum infirmatur: quia res in eum statum deducitur, ut idem sit hæres & legatarius. *Perr. Inst. hic.*

## §. ANTE 34.

Cum hæredis institutio sit basis & fundamentum testamenti, idcirco ante hæredis institutionem, olim nec legata, nec libertates relinqui poterant, excepto testamenti militis. Quia vero Imperatori videbatur incivile, ordinem scripturæ sequi, testatoris verò voluntatem sperni, maxime cum fideicommissa ante hæredis institutionem relicta valerent, statuit in *l. 14. Cod. de testam.* ante & post, & inter medias hæredum institutiones, legata, & multo magis libertates relinqui posse, *Schamb. Et alii hic.*

## §. POST MORTEM. 35.

Olim post hæredis, legatariæ mortem inutiliter legabatur, veluti cum hæres meus mortuus fuerit Sempronio centum do, lego, aut Sempronio cum mortuus fuerit, centum do, lego. Ratio: quia olim regula erat: *Ad hoc que contra nos venientes non caput, nec contra heredes nostros datur.* Sed Imperator ista omnia correxit, & hujusmodi legatis firmitatem tribuit, ita, ut hodie talia legata ad instar fideicommissorum valeant, & ab hærede hæredis, vel legatarii exigi possint. *test. hic.*

## §. PÆNÆ 36. ET FIN.

33 Olim pæne nomine inutiliter legabatur. Dicitur autem pæne nomine legari, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quod magis aliquid faciat, vel non faciat, veluti si quis ita scripserit: *Si mihi hæres esto filium suum Titum uxorem dato: nisi hoc feceris, Sempronio viginti soluto:* vel ita, *Hæres meus, si servum Stichum non manumiserit, Titus 10. dato.* Tale legatum non valebat. Ratio. Quia non debet esse in voluntate hæredis, ut legatum debeatur, vel non *l. 32. ff.*

*de hæred. inst. ff. II.* Quia legata ex benevolentia, non odio hæredis procedere debent.

Verum hujusmodi scrupulositas Imperatori Justiniano non placuit, idcirco constitutionem promulgavit in *l. m. Cod. de his, quæ pæne nomine.* Et quæ concessit posse pæne nomine legari. Ratio: quia reipub. interest, suprema hominum judicia exitum habere *l. 5. ff. quemadmodum testam. oper.* Ratio alia, quia non videtur iniquum, ut is gravari possit, qui à testatore honoratus est. *Mont. n. 10. hic.*

## AD V. EXCEPTIS.

Excipiuntur tamen ea, in quibus adijcitur pæne præcepto tali, quod continet aliquid impossibile, vel legibus interdictum, aut alias probrosum. Veluti: *Titus hæres esto, & si calum non ascenderit, vel Damnum non eberit, dato Sempronio decem.* Hoc in casu etiam neglecto testatoris præcepto Titius hæres erit, & nihilominus relicto 10. servabit. Ratio: quia non fert ratio honestatis, eum præstare pœnam, qui non facit quod est extra ejus potestatem, aut jura facere vetant.

Similiter, si testator ita scribat: *si hæres meus liberos suos in testamento suo praterierit, Sempronio centum dato.* Hinc pœna non alstringit hæredem; quia legibus interdicta, quæ autem contra leges sunt, nos facere non possumus. *l. 25. ff. de condit. inst.*

Denique si testator ita scribat: *Nisi filium tuum dixeris, nisi matrem tuam verberaveris, nisi in foro nudus saltaveris Sajo 10. soluto:* non stringit hæc pœna, quia probrosa est, nam quæ lædunt pietatem, existimationem, & verecundiam, & generaliter quæcumque bonos contra mores sunt, nec facere nos posse credendum est. *l. 15. Mont. num. 12. Et seqq. Et Schind. n. 3.*

Sed corrumpente tale legatum, an habeat conditio impossibilis pro non adjecta?

Liberè dixeris legatum valere, & conditionem impossibilem, aut probrofactam haberi pro non adjecta. Ita apertè statuit §. *impossibilis* 10. de *hered. inst.* ubi scribitur, impossibilem conditionem haberi pro non adscripta in ultimis voluntatibus.

At contrarium verius est, nimirum legatum corrumpere. *text. hic. in fine hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, sed in temporum non patitur.*

Ad §. *impossibilis* 10. R. cum distinctione: conditio impossibilis habetur pro

non adjecta, si apponatur honoratio. *can. si gravato neg.* Clariùs explicat. *Zoes. ff. de his que pena nomine relinq.* ubi ait. d. §. 10. accipiendum esse de addita conditione ei, cui relinquitur, i. e. honorato; hunc enim privati legato ex eo, quòd conditionem non adimpleverit, iniquum est, cum non stat, per eum, quòd conditionem non adimpleat, sed per rerum naturam, vel per rei turpitudinem. Secus est de conditione addita ei, à quo relinquitur, & qui jubetur præstare quid impossibile aut turpe, qui idèò non meretur poenam, quia poena culpam præsupponit, quæ hic nulla est. Vide etiam *Mantz. num. 18. Et Harp. num. 14.* qui uterque huic solutioni suffragatur.

## TITULUS XXI.

## DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

## SUMMARIUM.

1. Quid ademptio legati?
2. Illa fit vel expressè, vel tacitè.
3. Quid sit translatio legati, & quos modis fiat?

CUM nihil magis homini debeatur, quàm ut liber sit stylus voluntatis nostræ l. 1. Cod. de sac. Eccles. & idèò ultima voluntas sit ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum. l. 4. ff. de adimpend. legat. Idèò testator legatum semel relictum iterum adipere vel transferre potest. Ademptio nihil est aliud, quàm *relictæ, legati, vel fidei-commissi revocatio.*

1. Ista ademptio fit dupliciter. *Expressè* & *tacitè*. Expressè adimitur legatum quando testator verbis contrariis, vel quibuscunque aliis, quæ revocatorio voluntas sufficienter demonstratur, revocat; v. g. *non do, lego, &c.* Illudque fieri potest

tam in eodem, quàm in alio testamento inò etiam in codicillis: quia in legatis & fidei-commisissis spectatur ut plurimum voluntas testatoris, quæ non minùs codicillis, quàm testamentis manifestatur. *Mantz. n. 5.*

Illud observa, legata, nonnunquam<sup>3</sup> exceptionis, subinde ipsò jure adimi.

Ipsò jure adimuntur in eodem testamento, vel aliò testamento perfectò, vel codicillis perfectis. Opere exceptionis, sin posterius testamentum solenne & perfectum non fuerit. *Schneid. n. 12. Schamb. hic.*

Tacitè adimitur legatum, quando non ex verbis, sed ex facto aliquo voluntas testatoris revocatoria colligitur.

Quod tum contingit. L. si inimicitie inter testatorem & legatarium supervenerint, exque graves vel capitales fuerint: quia per hujusmodi inimicitias auferuntur

fertur benefaciendi voluntas, nisi reconciliatio interveniat. *l. 3. §. ult. ff. l. 22. ff. de ad. mend. legat.*

II. Si rem legatam testator voluntariè alienaverit, §. 12. *de legat. ff. l. 18. ff. h. r. t.* tamen si à testatore res alienata redempta sit. *l. 14. ff. de adm. mod. legat.*

III. Exacte one debiti legati, si enim testator nomen, quod alicui legavit, à debitore exegerit, adimplet legatum præsumitur. *l. 11. §. 13. ff. de legat. 3.*

IV. Si legata destructa seu dissoluta fuerint ex voluntate testatoris. *l. 65. §. ult. ff. de legat. l. Perez. luc. Harp. n. 12. ff. seqq.*

#### §. TRANSFERRE.

- 3 II. Modus adimendi legatum est *translatio*. Quæ IV. modis fit, I. De persona legatarii in legatarium, veluti fun-

dum quem Titio legavi, nunc Sejo do, lego. II. De persona ejus, qui iussus est dare, ut alius det; veluti, quod legavi à primo hærede, nunc lego à secundo. III. De re ad rem, veluti quando testator pro fundo legato, jubet dare 1000 aureos. IV. De præsentì tempore in conditionis eventum, ut quando id, quod purè relictum est, transfertur sub conditione. *Schneid. n. 26.*

Quid si translatio de persona in personam fiat, & si e, in quem transfertur, non sit capax legati? R. nihilominus priori legatum adimi. *l. 34. ff. de legat. 1.* quia translatio involvit ademptionem; ergo si non valet in vim translationis, valebit saltem in vim ademptionis, juxta illud: *Si id quod ago, non valet, ut ago, valeat saltem, ut valere potest.* *Manz. num. 4. bte.*

## TITULUS XXII.

### DE LEGE FALCIDIA.

#### SUMMARIA.

- 1 Quare Falcidia lex lata sit?
- 2 Quid lege Furiæ, vel Vacanti obtinuerit?
- 3 Quale tempus in assignanda legitima inspicitur?
- 4 Quomodo fiat computatio falcidia?
- 5 Qua imputentur in Falcidiam?
- 6 In quibus causis Falcidia locum habent?

#### CONNEXIO.

**D**ictum est in *preced. tit.* quòd testator possit non solum diminuerè, sed etiam in totum adimere legatum, & in alium transferre. In hoc *tit.* declarat Imperator, qualiter, & quando per ipsum hæredem legata per testatorem relicta diminui possint. *Schneid. luc. num. 1.*

#### AD PRINCIP.

Ad intellectum hujus principii scias, I. velim, olim ex lege XII. Tab. adeo liberam fuisse testandi, legandive scientiam, ut testator totum suum patrimonium legatis exaurire potuerit; verba enim legis XII. Tab. ista erant: *Uti quisque legasset de re sua, ita Jus esset.* *l. 20. ff. de V. S.* Verùm quia propterea multi intestati decedebant, quòd hæredes instituti videntes se nihil aut parùm ex testamento consecuturos, & nolentes absque emolumento subire onera aliena, repudiabant hæreditatem. Ideo hinc malo ut occurreretur, in gratiam testatorum, ne intestati morerentur, tres leges testamentariz ad coercendam nimiam legendi



2. legendi licentiam sunt late. 1. Erat lex Furia, a Furio inventa, qua cautum erat, ne uni legatario plus relinqueretur, quàm mille aurei. Verum huic legi facillè fraus fiebat nam si quis v. g. quinque millia aureorum bonis habuisset & scripsisset §. legatarios, & cuilibet mille reliquisset, hic testator in legem Furiam non incidebat, & tamen patrimonium exhauriebatur legatis, ita ut hæres ob nihil lucri hæreditatem repudiaret, & testator intestatus decederet.

Ideo cùm lex Furia frequenter eluderetur, lata est lex Voconia, à Voconio inventa, qua cautum erat ne plus legatarius, quàm hæres haberet; sed hæc lex facillè eludebatur. Nam si quis, cùm centum solidos in bonis haberet, hæredem Sempronium instituisset, & 99. legataros scripsisset, hæc legem Voconiam non transgredebatur testator, & tamen faciebat locum repudiationi, quia fortè hæres ob unicum solidum hæreditatem adire noluit.

Quare cùm neutra lex ex istis duabus sit cauta fuisset, ideo novissimè lata est lex falcidia, non à falcando, sed à Falcidio tribuno plebis dicta, qua cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum, i. e. 7 uncias, remanente quadrante apud hæredem, sive unus sive plures instituti fuerint, l. 1. §. ad leg. Falcid. & test. hic.

Itaque duò capita in se continet lex Falcidia I. Conceditur libera potestas testandi & relinquendi legata usque ad dodrantem.

Altero cavetur, ut ultra dodrantem legare nemo possit: vel si plus legatum sit, IV pars legatis defalcetur, cæque retineat hæres. d. l. 1.

### §. ET CUM 1.

In hoc § ponitur talis casus. quidam cùm haberet in bonis 400. aureos, instituit duos hæredes Titium, & Sejum, deinde nominatim à Titio legavit, dicens: *dare te Titi, Sempronio dare 200. aureos vel 190* à Sejo verò nihil speculiter legavit, vel tan parùm legavit, ut legatum portionem Seji tantam, vel vix diminueret, ut adeo ei adhuc restent 100 aurei.

Questio nunc est an, quia portio Titii tota legatis est exhausta (si videl. ponamus legatos fuisse ab eo 200 aureos) aut supra modum onerata, (si ponamus ab eo legatos esse 190 aureos) an possit Sejus de legato Sempronii aliquid defalcare? Videri potest quòd non Ratio: quia dictum supra, sufficere, ut quarta pars apud hæredes maneat, sive unus sive plures fuerint sed in nostro casu manet adhuc quarta pars, nimirum centum aurei Sejo legati; ergo.

Sed hòc non obstant, & Titium posse tantum de Sempronii legato detrabere, ut quartam partem suæ portionis, scilicet 60. aureos salvos habeat. *test. hic. & in l. 77. §. b. s.* Ratio quia in singulis hæredibus ratio falcidiæ ponenda est.

Non obstat ratio dubitandi, quia procedit tunc eandem, quando simpliciter legata relinquuntur; ut si testator Titio & Sejo hæredibus in 400. aureis institutis sic scribat: Sempronio 300. aureos do, lego. Hoc enim casu non magis gravat unum, quàm alterum, & quilibet habet salvam quartam falcidiæ.

### §. QUANTITATIS 2.

Ut exatè sciatur, quæ sit quarta ex lege falcidia, competens univèrsæ patrimonii quantitas diligenter spectari debet, h. e. quantum in bonis habeat testator. Varium

Verum eòdè frequenter accidat, ut bona testatoris tempore mortis minora vel maiora sint, quàm tempore aditæ hereditatis; ideo hic.

3. Q. *Quale tempus in ratione legis Falcidie inveniendū considerari debeat?* R. quod quantitas patrimonii spectetur tempore mortis. Ratio quia legata cedunt à tempore mortis, & ipso iure minuantur per Falcidiam. l. 37. §. 1. l. 26. ff. ad leg. f. ad. Sicut ergo debitum nec augetur, nec minuitur, si debitoris bona augeantur, vel minuantur; ita legatum post tempus mortis nec augetur, nec minuitur.

Ex quo inferitur si inter mortem & aditam hereditatem quid vel accessit, vel decessit bonis hereditariis, id totum heredi non legatarius decedere vela cedere. Ut res magis clarificetur, sic: quod aliquo tempore mortis tantum 100. aureos in bonis habuerit, & 100 aureos adeoque omnes legaverit. Hoc in casu extra aleam dubitationis positum est heredem posse ex ratione Falcidie detrachere 25 ita ut 75. legatario restipat. Sed quid si intermedium tempore ante aditam hereditatem tantum accesserit hereditati: (forte per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex futo pecorum) ut hæres quartam Falcidie haberet, licet nihil de legatis 100 aureis de rati? R. heredem detrachere Falcidiam de 100 aureis legatis, i. e. 45 aureos, & una cum istis omne lucrum hereditatis Ratio: quia omne commodum & incommodum hereditatis à morte testatoris ad heredem velut ad dominum pertinet, non ad legatarios. *Mora. num.*

4. Et hoc in casu, qui post mortem testatoris hereditatem aliquid accessit: Jam.

Fac ex diverso, quòd is, qui 100. aureos in bonis habuit, tantum 75.

legaverit, hoc in casu iterum extra dubium est, quòd hæres nihil amplius possit defalcare a legatis: quia suam quartam salvam habet. Sed quid, si ante hereditatem aditam tantum decesserit de hereditate, (forte incendio medium, naufragio mercium, morte servorum) ut non amplius, quàm 75 aurei, vel multò minus superfit? R. quòd hæres nihil amplius possit detrachere, sed teneatur solida legata præstare. Ratio: quia qui sentit commodum, sentiat & onus, & imputet sibi, quod non citius adierit hereditatem. *Mora. n. 5.*

*Dixeris*: sic erit nimis damnosum, & molestum heredi legata integra solvere, & nihilominus molestias percipere. hoc ei damnosum non esse: quia liberum est heredi non adire hereditatem, proinde consultum est legatarius, tali in casu pacisci, si transigere cum herede, ut is accipiat aliquam portionem hereditatem adeat, & legata præstet, ne forte non adita hereditate nihil illi consequantur. *Herp. n. 3. hic.*

#### §. CUM AUTEM FIN.

Q. in hoc §. Quomodo computatio, 4  
& ratio legis Falcidie inveniendū sit? R. *Imperator*, quòd, quando ad divisionem venit, ut constat, quantum heredi nomine Falcidie, & quantum legatarius nomine legati debeat, ante omnia deducendum sit L. *Æs alienum*. II. *Fueneris impense*; hæ enim æri alieno comparantur. III. *Prætia servorum manumissorum*, siue pretia pro servis redimendis relictæ. Ratio est favor libertatis.

His omnibus deductis tunc demum spectandum est, quantum superfit, id enim patrimonium putatur. Igitur ex residuo quadrans, siue quarta pars heredi relinquenda, tres verò partes inter legatarios.

legatarios pro rata portionis legatæ distribuendæ sunt. *Harp. l. u. n. 10.* quod ut clarum fiat.

Pone: testator deductis deducendis 400. aureos habuit in bonis, & 400. aureos legavit. Hic quarta pars sive partis singulis legatarius detrahatur, ita, ut hæres 100. aureos consequatur, & legatarii 300.

Rursus finge: testator, qui 400. aureos in patrimonio reliquit, 350. addoque supra dudrantem, legavit. Hoc casu primum hæres ex voluntate testatoris detrahit octavam, id est 50. aureos, qui ex 400. super sunt, & octavam partem 400. aureorum efficiunt. Deinde hæres etiam ex beneficio legis legatariis singulis pro rata portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit tantum detrahit, ut sua 50. atque sic in universum 100. quartam scilicet partem bonorum defuncti habeat.

Iterum & denique pone: testator, qui 400. aureos in bonis habuit, aureos 400. legatis erogavit. Hic primo omnium quarta pars, h. e. 100. auri, qui patrimonium excedunt detrahuntur, quibus detrahit adhuc 400. super sunt: postea singulis legatarius quarta pars sive partis institutionis aufertur, quæ nomine Falcidie cedit. *test. h. c. & Harp. n. 1.*

Et ista sunt, quæ pro declaratione sententiæ observari oportet. Lubeat modò rursus ordine nonnullis in hanc materiam excurrere itaque.

§ Quid imputentur in Falcidiam? *gg.* ea duraxat imputari, quæ jure hæreditario ad hæredem pervenerunt. Dico, ut clarum inquir, quæ hæres accipit, quæ hæres. Unde id, quod jure legati. fidei-commis si aut condictionis implendæ causâ accipit, v. g. si testator dicit: *lego* Cajo 100. ut *heredi* meo Sajo 100. solvatis & Cajo 100. solvent, hi non imputan-

tur in Falcidiam. *Mora. de testam. sit. 12 § 43 n. 13. Et text apert. l. 91. ff. ad leg. Falcid.* ubi Martianus in hæc verba respondit. *In quibus hæreditas, quam per legum falcidiam heres habere debet imputantur rei, quæ jure hæreditario capitis, non quas jure legati, vel fidei-commis si, vel implendæ conditionis causâ accipit; nam hæc in quartam non imputantur, sed in fidei-commis siari hæreditate restit: enda; sive legationis, vel fidei commisi si datam sive hæredes sive præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id est imputantur.* En in hoc textu ap. 11. definitur statuitur inter Falcidiam & Trebellianam, videl. ista, in in Falcidiam ea duntaxat imputentur, quæ hæres jure hæreditario capitis in Trebellianam autem etiam ea, quæ ex voluntate testatoris proveniunt, imputentur. Sed quæ esset ratio differentie? *Harp. n. 14* hanc assignat: quia lex falcidiam quartam hæreditatis partem apud hæredem manere jubet; ergo nihil, quod non est hæreditarium, poterat in falcidiam imputari. Sciam: erò Trebellianum voluit simpliciter apud hæredem remanere quartam ex fidei commissis; ergo quodquid fidei-commis si nomine hæres habuerit, id est in quartam partem imputabitur. Ut ut fuit non caret soliditate hæc differentie ratio, nihil tamen non placet: prout istam assigno, quæ scilicet penes hæredem legis gravatum totum onus hæreditatis manet. non vero penes hæredem fidei-commis si gravatum cum hic actiones tam divas, quàm passivas, in fidei-commis siarium transmittat, & tantum quoad quartam Trebellianam onus i. e. actiones sustineat. Atque prior merò sublevari. ut eduxat imputet: quæ jure capitis hæreditario. *ff. ad leg. Trebellianam. l. 1. ff. de fidei-commis si hered. Et ad Sc. Trebellianam.*

Dico;

*Dicas* : Legata & fidei commissa hodie per omnia exequata sunt ; ergo liceti in falcidiam tantum ea imputantur , quæ hæres jure hæreditario capit , ita , & in Trebellianicam. *Æ. dist. nec. legata & fidei commissa particularia per omnia exequata sunt conc. , universalia , neg.* Trebelliana autem de iuctur à fidei commisso universalis. *l. 1. Et tot. tit. ff. ad SC. Trebell. Harp. n. 15 hic.*

*Q. II. In quibus casibus falcidia locum habeat ?* *Æ. non tantum locum habere in legatis , sed etiam l. in fidei commisso particulari. Ratio : quia legata & fidei commissa particularia per omnia exequata sunt. l. 1. ff. de leg. 1. Schneid. n. 14. Harp. prem. b. t. n. 14. Dissent. Zoëf. ff. ad leg. Falcid. n. 7. II. In donatione mortis causæ : si hæres non habeat quantam *l. 5. Cod. h. s. III. In legatis ab intestato præstandis l. 10. Cod. b. s. IV. In donatione inter vivos , quæ morte confirmantur. l. 12. Cod. eod. ut est regulariter in donatione inter virum & uxorem , quæ non valent , nisi morte confirmantur. l. 25. Cod. de donat. int. vir. Et uxor. Schneid. loc. cit. n. 12. Zoëf. n. 4. Et s. loc. cit.**

*Q. III. An non lex Falcidia aliquando cesset ?* *Æ. in multis casibus cessare. I. Ratione privilegii in milite testante. l. 7. Cod. b. s. II. Facto testatoris si hodie expressis verbis detractiorem hanc prohibuerit. Nov. 1. cap. 2. Et anib. sed cum reflector Cod. b. s. Dixi hodie ; olim enim hanc detractiorem prohibere non poterat , l. 15. §. 1. Et ult. ff. b. s. Ratio ,*

quare hoc in casu jus vetus correctum sit , est hæc , ut rata & inviolata servetur testatoris voluntas , *d. Nov. 1. §. si veri expressim.*

*Dicas* : Sic hæres non adhibet hæreditatem , & per consequens volumus testatoris corrumpi *Æ. quod in casu recusantis hæres alius hæreditatem admittatur substitutus , legatarius , fidei commissarius , venientes ab intestato , &c. Zoëf. ff. b. s. n. 29.*

*III. Cessat detractio falcidis : factis hæredis , si non fuerit inventarium de hæreditatem adierit. l. fin. §. 12. Cod. de iure delib. Ratio : quia jura præsumunt ab hærede jam fuisse detractam falcidiam. Zoëf. loc. cit. n. 73.*

*IV. Si scienter integra legata solverit , putans , se teneri de jure. l. 1. Cod. b. s. Dico scienter : nam ignorantia dabit repetitionem , quatenus eil facti , quia hæc probabilis est ; si fuerit ignorantia juris , cessat repetitio , hæc enim improbabilis & intolerabilis est. l. 9. Cod. b. s. Zoëf. n. 38. Et Schneid. n. 20. hic.*

*V. Si dos prælegata fuerit uxori à marito. l. 57. ff. b. s. Ratio : quia uxor recipiendo legatum dotis , recipit id , quod suum est. Schaub. hic. Zoëf. n. 42.*

*Illud observo procoronade , quod propterea , quia legata aliqua à detractiõe Falcidis immunita sunt , reliqua legata non graventur , sed falcidia de iis duntaxat pro rata detrachatur. Ratio ; quia aliis privilegium concessum aliquibus legatis nihil operaretur. Schaub. in §. ne hic.*

## TITULUS XXIII.

## DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS,

## ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

## SUMMARIA.

## §. SCIENDUM. I.

- 1 *Fidei-commis. si alia sunt universalis, alia particularia.*
- 2 *Quid sit fideicommissum universale ?*
- 3 *Quis fidei-commis. non valere.*
- 4 *Ho. be non possunt relinqui, nisi capibus test. menti factiois passiva.*
- 5 *Relinquuntur testamentis, Codicillis, & ubi intestato.*
- 6 *Si in testamento relinquuntur, necessaria est directio her. edis institutio.*
- 7 *Possunt pure, sub conditione, & ex certo tempore relinqu.*
- 8 *Fiduciarius heres etiam poss. restitutum hereditatem heres mouet.*
- 9 *Quid sit quarta Trebellianica ?*
- 10 *Si heres fiduciarius non velit sponte adire hereditatem, potest cogi.*
- 11 *Cessat Trebellianica, si heres in certa aliqua re particulari institutus est.*
- 12 *Quomodo ab intestato relinquuntur fidei-commis. ?*
- 13 *Fidei-commisarius, si restituere rogatus est, an etiam deducat Trebellianicam ?*
- 14 *Quando fidei-commis. sine teste valet ?*

## AD PRINCIP.

1 **P**ostquam actum est de institutione directa, & legatis, agendum modo de obliqua & fideicommissis. Quia autem fideicommissa alia sunt *universalis*, alia *particularia*, idcirco priori loco de universalibus nobis sermo erit.

**U**niversale fideicommissum est : <sup>2</sup>  
 Quando universum patrimonium per interpositam personam alicui relinquitur : ut, quis testator primo loco instituit directum heredem, & ejus fidei committit, ut retenta quarta aditam hereditatem alteri restituit, qui vocatur *fidei-commisarius heres* ; qui autem rogatus est restituere, vocatur *fiduciarius heres*. Schamb. hic. Jam in ordine ad nostrum.

Sciendum, olim omnia fideicommissa infirmi fuisse. Ratio est in *textu* ; quia nemo invitatus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat.

Relinquebantur autem fideicommissa <sup>3</sup>  
 solum iis, quibus alias directe in testamento aliquid relinqui non potuit, v. g. *sternus, incosensu, deportatis, peregrinis*, &c. Et si tali personæ per verba obliqua ab herede quid reliquum fuerit, non tenebatur ullo vinculo juris ad restitutionem, sed tantum pudore quodam ; quia turpe saltem erat, & grave, fidem salvere. Propter quam rationem postea D. Augustinus semel atque iterum iussit, ut consules suam auctoritatem interponerent, & cogerent fiduciarios heredes fideicommissum præstare ea, quæ rogati essent restituere. *text. hic. Ergo.*

Sed circa hunc §. hodie duo sunt immutata. I. Ut fideicommissum non liceat relinquere iis, qui directe heredes institui nequeunt, *l. i. Cod. de hered. inst.* Ratio : quia legata & fideicommissa per omnia excepta sunt. Sed legare non licet  
 nisi

nisiis, cum q. has est testamenti factio. § 14. *Inst. de legat.*

II. Hoc non avertit us extra ordinem per implorationem officii nobilis persiquimur fideicommissa, sicut olim, sed ordine isactionibus, videl. fideicommissum est verale per fideicommissariam petitionem in hereditatis. *tot tit. ff. de fideicommissis, per t. hered. Manz. n. 17.*

*Deus.* V. hodie personis incapacibus non possunt relinqui fideicommissa, tunc erunt cavendo inutilia: nam ad q. id velint erant per obliquum instituere, quem possum directe instituere? Resp. ad hoc fidei commissum prodest, quia hereditas directe ex certo tempore non potest relinqui. §. 9. *Inst. de hered. Inst.* potest tamen relinqui per fideicommissum, v. g. *ut post decennium Titio restituatur.* *Manz. n. 18.*

#### §. IMPRIMIS. 2.

**F**ideicommissa triformia relinqui possunt: Testamento, Codicillis, & ab intestato. De fideicommissis, quae testamento relinquuntur, agitur in *b. tit.* De illis, quae codicillis relinquuntur, agitur in §. 2. *infra de codicillis.* de iis vero, quae ab intestato relinquuntur, agitur in §. 10. *infra h. t.* Et quidem, si quis velit in illa certo relinquere fideicommissum, opus est, ut reliquis directus haeres instituat, qui habeat hereditatem. Ratio: quia institutio heredis est caput & fundamentum testamenti, quo corruente totum testamentum corruit, consequenter etiam fideicommissa corruunt. *Manz. n. 6.* Formulae vero fideicommissi tam universalis quam particularis sunt variae. Hodie verborum solennitas non attenditur, sed quaecumque verba voluntatem testatoris declarantia ad fideicommissum apta videntur l. 2. *Cod. commun. de legat.* Si quis tamen ita dixerit: *com-*

*mendo tibi Titium*, non erit fideicommissum. *arg. l. 78. §. 3 ff. ad Scru. Trebell.* Non tamen necesse est, ut testator totam hereditatem per fideicommissum relinquit, nam & de parte restituenda heredem rogare poterit. Idem enim juris de parte, quod de toto. l. 76 ff. *de R. V. Hyp. n. 6. §. 7.*

Qui in, & liberum est testator vel puer, vel sub conditione, imò ex certo die. v. g. *rogo te heres, ut post quinquennium hereditatem Titio restituas*, relinquere fideicommissum, *text. lue.*

*Deus.* Non potest alicui ex certo die relinqui hereditas directa, ut supra §. 9. *de hered. Inst.* tra huius; ergo nec per fideicommissum. Resp. *con. aut. neg. conseq.* Ratio disparitatis: quod in institutione directa, decederet quis pro parte temporis testatoris pro altera intestatus, quod est contra regulam iuris, in l. 7 ff. *de R. J.* In fideicommissum id non fit: Haeres enim institutus semper manet haeres, licet haere herem restituat §. *seqq.* Ratio rationis: quia heredem esse, est juris, restitutio facti; Illa autem quae sunt facti non tollunt ea, quae sunt iuris. *Schamb. Inst. hic.*

#### §. RESTITUTA. 3.

Tametsi fideicommissario restituta sit hereditas, is tamen, qui restituit, adhuc haeres permanet, ex dicta ratione: quia heredem esse est juris, restitutio est facti; ea vero quae sunt facti, non tollunt ea, quae sunt iuris, ergo & semel haeres nunquam desinit esse haeres, l. 7. §. 10. ff. *de univ. l. i.* verò, cui restituitur hereditas, i. e. fideicommissarius, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur.

Et quidem si tota hereditas ei est restituta & restituta, tunc habetur *lo. h. haeres.* Si verò tantum pars bonorum vel res particularis.

particularis restituta est, habetur *locus legatum. Herp. n. 1. & Manz. n. 3.*

*Dicitur:* Si haeres semper haeres permanet, sequitur, quod adhuc sit obstrictus, & obligatus legatarius, & creditoribus defuncti, quod ab iis possit conveniri, &c. Item quod debitoribus defuncti sibi habeat obligatos, & solus ab eis debita exigere possit. &c. sequelam omnino veram esse. Hæc tamen res correctionem accipit, ut mox audiemus.

### §. ET NERONIS. 4.

Quia haeres institutus, etiam restituta hereditata remanebat haeres, coquebatur, omnia subire onera hereditaria & hinc fiebat frequenter, ut haeres hæc utilitatem adire recusaret: Ideo SCum Trebellianum Neronis Imperatoris temporibus Trebellio Maximo, & Annæo Seneca consulibus factum & cautum est, ut actiones omnes tam activæ, quam passivæ, quæ aliis specto iure, non nisi haeredi & in haerem dabantur, fideicommissario & in fideicommissarium absque ulla cessione darentur. Quod quia in actionibus directis, utpote a hærentibus contrahentium assibus fieri non poterat: idè Prætor Actum de utilibus actionibus fecit, & hæc utiles, non directas ei, & in eum dandas esse, interpretatus est. Ex quo colligitur, quod fideicommissarium, restitutione sibi ex hoc SCto facta, heredis loco sit. *Schemb. hic.*

*Dicitur:* Si directæ actiones manent penes heredem, adhuc poterit convenire & conveniri. Resp. posse omnino, sed actionem directam exceptione restitutum hereditatis elidi. Ex quidem, si totam hereditatem fideicommissario restituerit, quod totam hereditatem exceptio hæc utitur. Si partem, pro parte restituit exceptione gaudet, quod aliam partem ipse sustinebit onera. *Manz. n. 1. & 6.*

### §. SED QUIA §. 6.

Esti SCum Trebellianum bene consuluerit heredibus, eo quod in fideicommissarium onera transferret, non tamen satis consultit testamento, & voluntati testatoris, & ipsi fideicommissario. Nam quia haeredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut maximam ejus partem restituere rogarentur, adire hereditatem recusarent, ob nullum vel modicum lucrum fiebat, ut extinguerentur omnino fidei commissi, & testatores sine hæredibus decederent. Haeredes enim, hærentem non adveniente, destituitur testamentum, & neque legata, neque fideicommissa amplius valent. *L. 9. ff. de testam.* Quare postea Vespasiani Augusti temporibus, cum Pegasus & Puffio consulatum gererent, a iud SCum factum est (ab auctore suo Pegasianum dictum) quod IV. capita contineret. I. Erat, quod haeres rogatus pateret retinere quartam, & illam de fidei commissis detrachere, sicut licet de legatis solcidiam detrachere. II. Quod propter quartam, quam retinebat, si lus onera hereditaria ferebat, ita, ut fideicommissarius pro legatario partiaro, qualis ille fuit, cui pars bonorum legabatur, haberetur, nisi inter ipsum & fideicommissarium stipulationes de oneribus, & commodis hereditariis utrinque pro rata dividendis, interpositæ essent, *am. hic.* III. Quod rogato nolente retinere quartam, sed integram hereditatem restituente, interponebantur per numerum imaginatum stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, per quas haeres directus reddebatur securus, nec coquebatur subire onera hereditaria. Stipulatio autem inter emptorem & venditorem talis erat, quod venditor promittabat admittere omnia onera hereditaria.

*titis.* IV. caput erat, quòd si hæres scriptus suspicabatur hæreditatem fortè damnosam, aut alia ex causa recusabat adire, ut varii sunt affectus & voluntates hominum, ac fideicommissarius postulabat, ut adiret scriptus hæres hæreditatem, poterat h.c. iussu Prætoris cogi ad adeundam, & restituendam hæreditatem. Quo in casu nulla stipulationum formæ opus erat. Statim enim securus reddebatur, cum omnes actiones consistant in fideicommissarium, & ipse coactus hæreditatem adisset. Verùm ista omnia exoleverunt; uti mox patebit: proinde non multùm attendenda.

#### §. SED QUIA 7.

Diximus in §. *preced.* IV. olim fuisse capita SCti Pegasiani; sed Imperator hic explicat, quatenus retentò primò & quartò capite, ea in SCrum Trebellianum transfuderit, atque ex duobus SCtis unum fecerit, quod Trebellianum vocari iussit: ratio est in textu; quia istæ stipulationes & ipsi antiquitatè displicebant, utpote captivæ.

9. *Quid ergo hodie obtinet?* Resp. si scriptus hæres sponte adiens hæreditatem rogatus fuerit, aut totam hæreditatem, aut supra dodrantem restituere, licitum est ei, vel quartam totam, vel quod quartæ deest, ex constitutione Imperatoris retinere (que proin vocatur quarta Trebelliana) aut si eam fideicommissario per errorem facti solverit, repetere; quo in casu pro rata portione actiones & onera inter hæredem & fideicommissarium dividuntur. *text. hic.*

#### AD ¶. S I V E R O.

Si hæres sponte totam hæreditatem restituat, non retentà quartà, tunc omnes actiones hæreditariæ in fideicommissarium transierunt, & hæres ab omnibus

oneribus est liber, quis tunc fideicommissarius loco hæredis est.

#### AD ¶. S E D E T I A M.

Coliges ex hoc ¶. quòd hæres scriptus, si recusaret hæreditatem adire, potente fideicommissario cogi possit adire, & sibi totam hæreditatem restituere: ita tamen, ut omnes actiones ad fideicommissarium, & contra eum transferantur. Ubi tamen observa, tria concurrere debere, ut hæres cogi possit ad adeundam hæreditatem.

I. Quòd fideicommissarius caveat hæredi de rescaciendo damno, si aliquod incurrat ex additione hæreditatis. II. Quod fideicommissarius sit & non fideicommissi. Nam hodie fideicommissum relictum ei, qui non habet testamenti factionem passivam, non valet, sed deferitur tunc ad fideum Schneid. n. 10. *hic.* III. Quòd sit fideicommissum universale, non autem particulare; quia legatarius non potest cogere hæredem, ut adeat hæreditatem. l. 16. §. *Et generaliter ff. ad SC. Trebell. Schneid. loc. cit. hic.*

#### §. N I M I L 8.

Quæ diximus obtinere in restitutione fideicommissorum, si quis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogator, eandem quoque obtinet, si quis ex parte hæres institutus totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur, v. g. Si testator ita scribat: *Sejum in quadrante heredem instituo, Et rogo te Sei, ut illam quadrantem, quæ primùm adierit, Mario restituat.* In hoc casu atque potest quartam partem de quadrante deducere, vel totum quadrantem fideicommissario restituere, & in eum molestias & onera rejicere. Ratio, quia quod in toto, quod ipsum totum sancitum est, idem in parte

D d d 2 quod.



quod partem ipsam censendum. Si itaque quadrans ille conficeret, & contineret 800. fl. posset hæres 200. rei nare, reliquos cum suo onere Marcio restituere. *Manz. hic.*

### §. S I Q U I S U N A. 9.

- 11 Si quis unâ aliquâ re particulari deducta, quâ quartam continet, jubetur reliquam restituere, ut si testator dicat: *Sempernamus heredem instituo, & rogo te Sempronium, ut acceptâ vel deductâ re singulari, v. g. domo, hereditatem Titio restituat*: non potest aliam quartam deducere, sed perinde tenetur restituere, ac si quartam nomine hereditario haberet: *text. hic.* Ratio: quia reque multum, imò plus, sortis habet.

### A D V. S E D I L L U D.

In hoc tamen differt fideicommissarius, qui certum aliquam rem pro Trebelliana deducere iussus est, ab illo, qui iussus est, à tota hereditate suam quartam detrahere, quod prior habeatur loco legatarum, ita, ut habeat illam rem absque omni onere hereditario, posterior non etiam: quia sciuntur actiones & pro dodrante transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante verò remanent apud heredem. *text. hic.*

Quid si hæres iussus est unam certam rem deducere in qua maxima pars hereditatis continetur? R. quod adhuc legatarius eam sine omni onere habeat, ita ut omnia onera & actiones in fideicommissarium transferat, ne tamen invitus oneribus subiciatur, potest fideicommissarius acubere, an expedit sibi reliqua bona cum onere restituere. *Schwend. hic.* *Manz. hic.*

### §. P R A E T E R A. 10.

- 12 Alium de fideicommissio relicto in tes-

tamento. Sequitur de eo, quod ab intestato relinquatur, v. g. Si quis heredem ab intestato instituit, ut in coheredibus roget, ut hereditatem vel totam partem alteri restituat. Quo casu etiam Scito Trebelliano locus erit. Ratio vero dubitandi videtur fuisse ea, quod nemo debet gravari, qui non est honoratus. hæredis autem ab intestato non videtur esse honorati. Verum R. quod etiam hos testator honoret, eo quod alium per testam entium non instituat, quemadmodum posset. *Schaub. hic.*

Non tamen fideicommissa, sed etiam legata huius ab intestato relinqui possunt: quia legati & fideicommissi natura confusa est. *Dico h. de:* olim enim legata ab intestato relinqui non poterant, quia erant accessoria ad testamentum: adeoque sine principali non potuere subsistere. *Manz. n. 6. & 7.*

### §. E U M Q U O Q U E II.

Ipsæ quoque fideicommissarius rogari potest, ut id rursus, quod sibi relictum vel pro parte vel in totum, vel etiam aliud quid restituat alteri. Ratio nulla est alia, quam ut custodatur voluntas testatoris. Et hoc hodie frequenter fit in fideicommissis perpetuis familie; ubi specialiter senior de familia gravatur fideicommissum in familia conservare, & post mortem suam alteri si tuto seniori restituere. *Manz. n. 3. & 4.*

Q. An etiam tunc fideicommissarius iterum quædam detraxere possit? *Resp. negat.* tum quia non est textus, tum quia ratio inductiva quartæ cessit, cum jam sit adita hereditas, & sic testator non moriatur intestatus. Limitatur, si hæres fiduciarius in gratiam fideicommissarii eam non detraxerit; tum enim is detraxere poterit. *l. 1. §. Neratius 19. ff. d. 1. Schaub. hic.*

## §. ET QUIA FINALIS.

- 14 Proponitur in hoc §. jus novum à *Justiniano Imperatore* introductum, videlicet fideicommissum etiam sine testibus, aut scriptorâ relictum valere, de quo extat in *l. ult. Cod. de fideicommissis*. Nam antehanc constitutionem fideicommissa, non nisi §. testibus munita relinqui poterant. *L. ult. §. ult. Cod. de Codicill. Ex illa autem constitutione talis potest figurari casus.*

Testator vocavit ad se suum hæredem, ab intestato, vel cum jam antea fecisset testamentum hæredem, in eo indicatum & illum rogavit remotis omnibus arbitris, ut Sempronio post testatoris mortem totam hæreditatem vel partem aliquam restitueret. Sempronius id recevit, & mortuo testatore ab hærede fideicommissum petit, hæres negat suæ fidei quidquam commissum esse. Sempronius quia sine scriptura, & testibus fideicommissum relictum est, sufficienter id pro-

bare non potest. Q. quid juris? Resp. quòd fideicommissarius Sempronius possit hæredi deferre juramentum, præstito tamen prius juramento columniæ, quod semper cogitur præstare is, qui alteri deferret juramentum. *l. 34. §. qui jurandum ff. de jurejur.* Et tunc aut cogitur hæres jurare, non esse relictum fidei commissum, aut solvere; nec potest ea et juramentum fideicommissario referre, sed recusans jurare, habetur pro confesso. Item non potest confingere ad solennitates juris civilis, & opponere, quòd voluntas testatoris non fuerit solennis propter mendacium præcelsens. *l. fin.*

Si verò ab initio constitutur fideicommissum relictum esse, sed excipit de minus solenni voluntate, tunc auditur. *l. 25. Cod. de fideicommissis Schneid. hic.* in solo tamen post fideicommissum præstare tenetur, quia constat de voluntate testatoris, ex qua consurgit obligatio naturalis.

## TITULUS XXIV.

## DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS

## SUMMARI A.

- 1 Definatur fideicommissum particulare.
- 2 Non tantum rei suæ, sed etiam alienæ legari potest.
- 3 Libertas an per fideicommissum rectè relinquatur?
- 4 Quibus verbis relinquuntur fideicommissi.

1 **A** Cui est de fidei-commissio universalis, sequitur nunc de particulari. Est autem fidei-commissum particulare, quando rei aliqua singularis, ut equus, scyphus, &c. per interpositam personam alienæ relinquatur. Hòc fidei-commissio par-

ticulari gravari potest non tantum hæres, sed etiam fidei-commissarius tam uni-versalis, quam particularis, Et in genere omnis, qui honoratus est, etiam legatarius, quamvis olim à legatario legari non potuerit. Ratio: quia legata imperative, v. g. jubeo, mando, damnas esto, &c. fideicommissi precative relinquuntur, soli autem hæredi imperare, rogare autem quolibet possumus. Dixi olim, cum enim hodie legata fidei commissis exiguntur sint, § 3 *hyst. deleg. l. 2. Cod. commun. de leg. etiam a legatario legatum relinquere potest. Schumb. Et alii hic.*

## §. POTEST AUTEM. 1.

**S**icut quælibet res in commercio testatoris sive hæredis, sive etiam aliena sit, legari, ita etiam eadem per fideicommissum relinqui possunt; ubi si res aliena relicta fuerit, tenetur gravatus, sicut in legatis eam emptam, vel si redimi non possit, communem rei illius æstimationem præstare, ratio non est alia, quàm quod legata fideicommissis exæquata sint. *Manz. n. 4.*

Illud tamen observandum est, quòd nemo in plus gravari possit, quàm à testatore honoratus est; unde si testator ita scripserit: Titio 40. do, lego; rogo autem te Titi, ut 100. restituas Cajo, quoad excessum ultra 50. fideicommissum inuito est. Ratio; quia nemo in plus gravari potest, quàm à testatore honoratus est. *text. huc.* Sed valetne fideicommissum quoad 50. *R. affirmative, no arde per inutile vitatur. cap. 37. de R. J. in. 6.*

*Ob. l. 70. §. 1. ff. de legat. 2.* ubi dicitur: quòd si legator legaverit alicui certam quantitatem pecuniæ, & legatarius gravari, ut alteri fundum aliquem, qui in valore suo quantitatis pecuniarum legatum excedit, restituat, non liberetur legatarius, si tunc veram fundi æstimationem, vel tantum partem fundi promodo quantitatis legatæ præstare, sed teneatur ad fundum præstandum, licet hoc plus valeat, quàm quantitas legata; ergò potest quis in plus gravari quàm honoratus est. *rg.* non mirum esse in casu *d. l. 70. §. 1.* legatarius ad præstationem fundi teneri, quia accipiendo pecuniam eà conditione sibi relictam, ut ex rebus suis aliquid præstaret, intelligatur per acceptionem pecuniæ rem suam non plus æstimasse, quàm quanta illa

pecunia est. Ideoque fundum præstando non censetur plus præstare; quàm ex testamento accepit. *Harp. n. 5. huc.*

## §. LIBERTAS. 2.

Libertas quæque per fideicommissum relinqui potest non tantum servo proprio, sed etiam alieno; quo casu manumittere: quòd si autem venalis non sit, differtur quoad possit redimi & manumitti; dominus enim non tenetur eum vendere nisi ille ex iudicio testatoria quid acceperit, tunc enim eum vendere tenetur. Est autem differentia, an servo per legatum, an per fideicommissum libertas relicta sit? Priori enim casu sit libertus testatoris, diciturque Orcinus aut Pluronicus, quasi libertus ejus, qui ivit ad Plutonem vel Orcum.

Non potest autem directè dari libertas, nisi ei, qui & testamenti & mortis tempore in potestate testatoris est; qui enim per fideicommissum libertatem relictam habet, cum eam per manus tertii acquirit, ejus libertus efficitur. *Schemb. huc.*

## §. VERBA VIN.

Docet in §. *Imperator*, per quæ verba possint fidei commissi relinqui. Non enim curatur, an sint præceptiva verba, ut *mando*, *volo* &c. vel rogativa semprecaria, *rogo*, *peto*, &c. quia potius voluntas, quàm verborum solennitas attenditur. Planè verba commendatitia vim fideicommissi non habent; aliud enim est personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis hæredibus insinuare. *Harp. huc.* Deinde debet certum aliud determinate relinqui, quod non sit per verbum *commendo*. *Manz. n. 5.*

# T I T U L U S XXV. DE CODICILIS.

## S U M M A R I A.

## A D P R I N C I P I U M.

1. *Quod sit Codicillus?*
2. *Codicilli fiunt cum testamento, & sine testamento.*
3. *Quomodo cum testamento fiant?*
4. *Item quomodo ab intestato.*
5. *Enumerantur requisiæ codicillorum.*
6. *Qua sit differentia inter testamentum & codicillos?*
7. *In codicillis directis non potest dari hereditas.*
8. *Quibus modis codicilli informantur?*
9. *An institutio heredes in codicillis directis facta irroboretur in fideicommissum?*
10. *Testamentum ab prævisionem nullum virtute clausula codicillaris sustinetur in vi fideicommissi.*

## C O N S T I T U T I O.

- I. **H**ucusque sufficiat dixisse de majoribus ultimis voluntatibus, quæ testamenta nuncupantur. Nunc sequitur de minoribus ultimis voluntatibus, quæ codicilli appellantur. Codicillus autem nihil est aliud, quam *ultima voluntas nunc solennis, absque institutione heredis de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, coram s. testibus declarat*. Ita accurate Schmid. n. 3. Germano Idemate codicillus definitur. *Ein Codicill ist ein Begriff eines letzten Willens, der in kein Erb eingesetzt, noch die Zurechtsetzung eines Testaments gebraucht, sondern allein Particular-Geschäften den Ge. haff zu verordnet werden.* Mauz. hic. n. 2.\*

*Res ad Institutum.*

(\*) Quæ ultima verba, *sunderen* ad rem particularem dispositionem absque generali factam exprimunt.

In hoc principio traditur origo codicillorum. Nam ante Augusti tempora in usu non fuerunt. sed quia Augustus implevit voluntatem Lucii Lentuli, scriptum in codicillis, & filia Lentuli solvit legata per prærem in codicillis relicta; Augustus adhibuit in consilium Jurisconsultum Trebatum, cum quibusdam aliis sapientibus viris, an usus codicillorum esset recipiendus? Quibus visum est, non solum utilissimum, sed etiam necessarium, propter magnas & longas peregrinationes, ut cum testamenta, forte propter deficientem numerum testium aliqui facere non possent, eis codicillos facere liceret. Schmid. n. 8.

## §. N O N T A M E N. I.

**P**ro pleniori hujus §. intellectu notandum est, codicillos duobus modis fieri posse: cum testamento, & sine testamento.

Cum testamento fiunt codicilli, quando quis facit & testamentum & simul codicillos. Quod tribus modis fieri potest.

I. Ante testamentum. II. Post testamentum. III. In ipso testamento.

Ante testamentum fiunt codicilli, quando testator primò fecit codicillos & postea testamentum. Et licet olim ante testamentum facti non valerent nisi per testatorem in testamento sequenti expressè essent confirmati, *inter hic*. Hodie tamen valent, siue ante, siue post testamentum conditi fuerint. Ac etiam si in testamento expressè non fuerint.

E c o

fuerint confirmati, tamen ipso jure confirmari censentur, nisi excoctis appareat testatorem mutasse voluntatem & eos revocasse. Ratio: quia presumitur testator perseverasse in prioris voluntate. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? *l. 27. Cod. de testam. Monz. n. 11.*

Post testamentum sunt codicilli, quando primò fecit testamentum & postea codicillos, & si expressè in eo confirmantur, dicuntur esse confirmati in futurum; veluti si dicatur in testamento: *testator: Codicillos, quos faciam, valere volo*: confirmatio tamen necessaria non est, uti dictum.

In ipso testamento sunt codicilli, quando quis facit testamentum, & simul in subsidium codicillos, ut tunc deum valet codicilli, cum testamentum non possit valere, ut testamentum: quia fortè sunt adhibiti tantum sex testes; & adjecta est clausula codicillaris: *Si non valet jure testamenti, volu, ut valeat tanquam codicillus, Est omni meliori modo, quo valere potest.* Ex quo.

Colliges differentiam inter codicillos ante testamentum, post testamentum, & in ipso testamento factos. Nam quando testamentum est nullum, tunc etiam codicilli ante & posttestamentum facti corrumpuntur, quia sunt accessorium, & omne coram jure ex testamento pendet. *l. 16. ff. de jure Codicill.* Codicilli verò in testamento i. e. in subsidium testamenti facti, irritò factò testamento non corrumpuntur, sed incipiunt tunc habere suam vim & firmitatem.

4 II. Fiunt codicilli sine testamento ab intestato, cum testator simpliciter facit codicillos non conditò testamento. Et isti codicilli per se stant, nec habent dependentiam à testamento, neque, re-

quirunt ratum, vel expressam confirmationem in testamento, cum sine testamento fiant, & vicem testamenti obtineant. Et sicut testamentum in scriptis & sine scriptura, ita codicilli ad similitudinem testamenti tam in scriptis, quam sine scriptis fieri possunt; modo decedens convocat's s. testibus exponat, & declaret, quid post mortem suam fieri velit. *Schneid. n. 28. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. n. 5.*

Q. Quid ergo ad codicillum requiratur, & quae formae, quae forma? R. I. requiratur, ut is qui codicillatur, habuerit codicillandi potestatem. Potest autem ille solus, & illi omnes codicillos facere, qui & testamentum condere possunt. Unde qui testari prohibentur, etiam a potestate codicillandi exerceantur. *l. 6. §. 3. ff. h. n.*

II. Ut adhibeantur 5. testes: quia in omni ultimà voluntate requiruntur ad minus 5. testes. Non autem requiritur, ut testes ad hoc sint specialiter rogati, sufficit enim, quòd fortuito advenierint. *L. fin. Cod. de Codicill.* Imò & feminam in codicillis testem adhuc posse, verius obtinet. *Harp. §. ult. h. n. 8.*

III. Si codicilli f. et fuerint in scriptis, necessaria est testum subscriptio non tamen requiruntur eorum sigilla. *Schneid. n. 2.*

## §. CODICILLI 2.

PRaeceptum inter testamentum & codicillos hoc loco traditur differentia, videlicet quòd in codicillis hereditas directò dari non possit, nisi miles sit / 36. *ff. de testam. mile.* & quia contrariorum eadem est disciplina, neque in his hereditas potest alimì, aut exhereditatio scribi. Ratio est in *textu*; ne confundatur jure testamentorum & codicillorum, h. 6.

v. e. ut differentia aliqua sit inter testamentum & codicillos.

- 7 Dixi directi: nam per fideicommissum hereditas in codicillis relinqui potest, v. g. hęc modò: *Rogo te heres mei, ut, cum primum adieris hereditatem meam, eam Sejo restituas & reddas.* Et in hoc casu, heres retenti quarti Trebellianatenetur ad restituendam hereditatem fideicommissario. *L. ab intestato 16. ff. de iure codicill.* Ratio porro, quare directi institutio possit fieri in testamento, & in vero codicillis, ista esse videtur, quia per hereditatem directam transfertur familia, quæ juris civilis est, ut actu civili tantum, & testamentò transferri, fideicommissum vero ex jure naturali & æquitate profuatur, ut etiam per codicillos relinqui possit. *Schamb. hic.*

#### AD V. NEC CONDITIONEM.

**S**icuti directò in codicillis non licet instituere, ita quoque non licet directò substituere, & ita scribere: *Si Titius non erit, Caius heres esto.* Ratio, quia substitutio est secunda heredis institutio. Deinde, sicut hereditas non potest simpliciter adiri in codicillis: ita quoque non potest heredi in testamento instituto in codicillis conditio adijci, dicendo: *Titium, quem in testamento heredem esse jussi, heredem esse volo, si natus ex Asia venerit.* Ratio: quia in defectum conditionis videtur quis cogri. se de ademptione hereditatis. Itaque rejecta conditione heres tamen succedet, ac si purè institutus esset. *L. 6. ff. de jure codicill. Monz. n. 9.*

#### §. CODICILLOS. FIN.

- I.** Differentia, quæ discernitur testamentum à codicillis, est, quòd non liceat facere plura testamenta,

ut simul valeant; potest tamen aliquis facere plures codicillos diversis tenoris, ita, ut omnes valeant. Ratio differentie: quia in testamento unà verba hereditas, quæ est una; codicillis verò res singulæ, quæ sunt paucæ, relinquuntur. *Monz. n. 3. & Hup. n. 2.*

**III.** Differentia inter testamentum & codicillum est, quòd testamentum multis solennitatibus debeat esse instructum: Codicilli autem nullam (quam particulam negativam non ita intellige, ut penitus nulla solennitas requiratur, sed non tanta, quanta in testamento) solennitatem desideret. *sex. hic.*

Et sunt: quæ pro declaratione textus in hoc titulo sunt necessaria. Verùm cum adhuc aliqua sint scientiæ digna, idèò prolixius in hujus tit. habeat excurrere. Itaque.

**Q. I.** *Quibus modis codicilli infirmantur?* R. eodem modo codicillos infirmari, quibus testamenta, præsertim si fuerint facti cum testamento; tunc enim corruente principali, i. e. testamento, corruit etiam accessorium, i. e. codicilli. *L. 1. Cod. h. t.* nam omne jus & robur codicilli ex testamento dependet, ut dictum suprà. Itaque si hereditas ex testamento non adeatur per ipsum heredem scriptum, neque legata in codicillis debentur. *L. si quis §. fin. ff. de jure codicill.*

Codicilli ab intestato iisdem extinguuntur, quibus testamenta. Exceptò unico casu: nam agnatione posthumi codicilli ab intestato non rumpuntur. *L. ab intestato 16. ff. cod.* Et in hoc differunt codicilli à codicillis cum testamento factis.

Sicut enim testamentum agnatione Posthumi rumpitur, ita & codicilli cum testamento facti. *L. 1. Cod. h. t.* Codicilli

cilli autem ab intestato sic non rumpuntur, quia & tunc posthumum ab intestato censetur rogatus præstare legata in codicillis. Schneid. n. 1. hic.

9 Q. II. Si directè in codicillis institueretur hæres, an actus nihil operetur, h. e. an voluntas testatoris non sustineatur tanquam relicta verbis obliquis, ita, ut venientes ab intestato censentur rogati deducit Trebellianici reliquam hereditatem instituto in codicillis restituere? g. Papinianus in l. 13. §. 1. de jure codicill. ubi ita scribit: *Testari soles de eo, qui cum tabulis testamenti non fecisset; Codicillis ita scribit: Titum heredem esse volo. Sed multum interesse, utrius fideicommissariam hereditatem à legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum insuper habere voluit, reliqueris, an verò testamentum facere se existimaveris, nam hoc casu nihil à legitimo peris poteris.* Ex quo inferunt interpretis; si de voluntate constet defuncti, quod is verè codicillos facere voluerit, institutionem directè in codicillis factam, flectit in obliquam. Cuius ratio est hæc; quia cum testator sicut, in codicillis heredem instituit directè non posse, vel scire debeat, & defunctus non certe uti ludere voluisse, ideo leges flectunt verba directà in obliqua.

Sin verò is testamentum facere voluit, & non complevit, tum nihil valet ex ratione quia i. l. quod voluit, non potuit; Et quod potuit, non voluit. l. 1. ff. de i. Nisi clausula codicillaris (v. g. si non valet testamentum, valet ut codicillis, vel valet omni meliori modo, quo de jure valere potest) apposta sit, tum enim valebit jure codicillis, nisi probetur eam clausulam à Notario circa

testatoris iussim esse appositam. Schumh. hic. Schneid. n. 1. §. 2. h. t.

Q. III. & ultimò: An testamentum ob prætentionem sic hæres nullum, videntur clausula codicillaris sustineatur? Narrant Manz. tract. de testam. tit. 8. ampliat. 29. Harp. §. 1. h. t. n. 25. Foch. l. 4. cap. 11.

Moveretur: quia talis clausula non operatur viam fideicommissi, si testamentum sit inofficiosum. l. Titia 13. ff. de inoff. testam. ergo nec operabitur, si testamentum sit nullum. Sed placet, subtraheri in viam fideicommissi. Schumh. hic.

Prob. I. per l. 16. ff. qui testam. fac. poss. ubi dicitur, quod clausula codicillaris ea sit vit, ut omnino valeat id quod relictum est; atqui etiam tali casu valere poterit, si dicamus suum prætentionem, utpote heredem legitimum esse rogatum, ut hereditatem illam heredi scripto restituat; ergo.

Prob. II. ex l. generaliter 24 §. ex testamento ff. de fideicommiss. heredibus. ubi dicitur: ex testamento, quod agnatione posthumum ruptum esse constat, neque directas libertates petere, neque fideicommissarias debere, si quis non à legitimis quoque heredibus partem reliquerit. Ergo si à legitimis quoque heredibus reliquerit, competent, atqui per clausulam codicillarem censetur à legitimis quoque heredibus reliquisse d. l. 16. ergo.

Ad rationem dubitandi. g. ant. verum esse de jure veteri. Ratio datur à lege, eò quod in testamento inofficioso censentur quasi à deumte esse relicta, à quo relicta non valet. Dixi de jure veteri; nam hodie per querelam sola institutio rescinditur, cetera namque firma manent. amb. ex causa Cod. de lib. Et poss. ut proinde hodie

hodie etiam inofficiosum testamentum vigore clausulæ codicillaris in vim fideicommissi valere, non ineptè dixeris. Habes itaque, auditor studiosissime (ut hæc anno me facturum adpōndi,)

completum in II. Institutionum Imperialium librum (qualiscunque sit) commentarium. Tu facias, velim, ut in fine II. libri scientiæ juris nulli sit secundus.







# INSTITUTIONUM IMPERIALIUM LIBER III.

## TITULUS PRIMUS DE HEREDITATIBUS. QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

### SUMMARIA.

- |   |   |
|---|---|
| 1 Transfatio.   | 8 In Austria Filie Patri non succedunt.                               |
| 2 Liberi ab intestato succedunt tam de Jure Divino, naturali, quam Civili.                | 9 Ita ut neque legitima ut debeat.                                    |
| 3 Quotuplices dentur Liberi?  | 10 An consuetudo ista etiam ad successionem Fraternali extendatur?    |
| 4 Liberi naturales, & legitimi succedunt exclusi omnibus ascendentibus, & collateralibus. | 11 An consuetudo ista valeat, quæ Filia remouetur à Paterna legitima? |
| 5 Nec refert Masculi sint, an Femina.   | 12 Differentia fuitatis & emancipationis sublati est.                 |
| 6 Limitatur in feudis.  | 13 An postumi succedant?  |
| 7 Nisi fundum sit famines.  | 14 An Clerici?  |
|   | 15 Monachi quomodo succedant suis Parentibus?                         |

- 16 Si *proptius moriatur, quis ei succe-*  
dat?
- 17 *Primogenitura quid sit?*
- 18 *An reficiatur rationi?*
- 19 *An nepos ex Primogenito praefertur*  
*in successione Patris?*
- 20 *Probatur affirmativa.*
- 21 *Resolvuntur objectiones.*
- 22 *An nepos ex Primogenito in primo gradu,*  
*successio fit ut caput.*
- 23 *Quomodo fiat successio, si omnes sint*  
*in remotiori gradu?*
- 24 *Quid si aliqui in primo, aliqui in*  
*remotiori?*
- 25 *Proximior non excludit remotiorem,*  
*si sui representationis locum habeat.*
- 26 *Liberi legitimi quomodo succedant?*
- 27 *An legitimi per conjugium matrimo-*  
*nium succedant in feudis?*
- 28 *Quomodo succedant Liberi legitimi*  
*tantum?*
- 29 *Item naturales tantum?*
- 30 *Ex damnato cotu nati nec Patri nec*  
*Matri succedunt.*
- 31 32 33 34 § 35 *Ascendentes quo-*  
*modo succedant descendentibus?*
- 36 *Succedantne Parentes Liberi cum vel*  
*sine distinctione Baronum?*
- 37 *An defuncti frater utrinque consan-*  
*guinis praefertur Avo suo.*
- 38 *Quomodo fiat successio, si cum ascen-*  
*dentibus concurrant Fratres Germa-*  
*ni, & horum primogenitorum Filii?*
- 39 *Quomodo succedant Parentes legitimi*  
*Et naturales rationi.*
- 40 *Quid per Alberzinam constitutionem*  
*introducitur sit?*
- 42 § 43 *Explicentur aliqui casus, quo-*  
*modo de Jure Austriaco fiat suc-*  
*cessio.*
- 44 *Ista consuetudo Austriaca, Erbbschaff-*  
*ten fallen nicht zurück, non ha-*  
*bet locum in linea collateralis ascen-*  
*denti.*
- 45 *An Alibertina repugnet Juri naturae?*
- 46 *Quando succedant collaterales?*
- 47 *Et quomodo succedant?*
- 48 *In successione feudali agnati praefertun-*  
*tur cognati.*
- 49 *De Jure Austriaco Frater consangui-*  
*neus cum Fratre Germano in bonis*  
*paternis aequaliter, in maternis vera*  
*& ab ipso defuncto acquisitis solus*  
*Germanus succedit.*
- 50 *Demonstratur in figura.*
- 51 *Qualis fiat successio, si Fratres consan-*  
*guines & uterini concurrant?*
- 52 *Qualiter succedatur, si cum Germa-*  
*nis concurrunt Fratrum praedefunc-*  
*torum Liberi?*
- 53 *Quomodo fiat successio, quando Fr-*  
*atrum Germanorum Filii soli con-*  
*currunt.*
- 54 § 55 *Agitur de successione Fratrum*  
*consanguineorum & uterinorum.*
- 56 57 58 § 59 *Agitur de successione*  
*Fratrum legitimorum, legitim-*  
*orum tantum, & naturalium tan-*  
*tum.*
- 60 *Quomodo vir & uxor sibi invicem*  
*succedant.*
- 61 *Pacta dotalia cum primis servanda*  
*sunt.*
- 62 *De Jure Austriaco Vidua gaudet Jure*  
*retentionis.*
- 63 *Quid oportet illa clausula: Was*  
*beyde Theile wahren der Ehe mit*  
*einander eroberen, solle ein glei-*  
*ches Gut seyn?*
- 64 *Bona constante Matrimonio acquisita*  
*in dubio praesumuntur per matrimonium*  
*acquisita.*
- 65 *Quidquid ante Matrimonio acquiri-*  
*tur, ad maritum spectat.*
- 66 *Agitur de supra dicta clausula.*
- 67 *Si nulla adsint litterae dotalia, quid*  
*Juri?*

- 63 *Quomodo de Jure Civili novissima  
conjuges invicem succedant.*  
69 *Quando succedat Fictus?*  
70 *Quid requiratur, ut bona dicantur  
vacantia?*  
71 *Si quis in peregrinatione morietur,  
quis succedat?*  
72 *In Gallia receptum est Jus Albigani.*

## CONNEXIO.



Quando quidem antiquae  
sunt materiae, quae à Tit.  
1. usque ad Titul. 14. se-  
cundum Institutionum or-  
dinem hoc Libro tradun-  
tur; ideo his non diu immorandum, sed  
pauca duxi, properandum esse ad Jus,  
in foro & curia visitatum, quod contineri  
videas in Nov. 118. cujus explanatio-  
nem priusquam aggrediar, ponenda est  
ratio ordinis; telle enim *Socrate ad Xe-  
mophonem lib. 5. de dictis Socrat.* recto  
ordine nihil pulchrius, nihil præclarus,  
nihil ad usum accommodatus est, tum  
quod ad rei, de qua agitur, cogniti-  
onem, & intelligentiam maxime condu-  
cat, tum quod memoriam ceteroquin  
labilem *l. 44. ff. de acq. vel aut. poss.*  
perpetuum juvet, & artificiose informet.  
Sic proinde.

## TRANSITIO.

- 1 **H**æreditem vel ex Testamento,  
vel ab intestato nobis deferri, dic-  
tum est §. ult. *luff. per quas person. cog.*  
*accq.* postquam verò vidimus, quomodo  
ex testamento: supereit, ut dispicia-  
mus, quomodo ab intestato deferatur.  
Intestatus autem dicitur, qui non re-  
linquit testamentarium hæredem; &  
ordo succedendi ab intestato triplex est  
puta, *descendentium, ascendentium, &*  
*collateralium.* Quos tres ordines, ut  
distinctè tradamus, sic.

## SECTIO. I.

**P**rimum in successione ab intestato  
locum obtinent descendentes, seu  
liberi tam ex lege Divina, *Epist. Pauli  
ad Galat. c. 4. v. 7.* in illis verbis: *Si  
filius? ergo hæres: quoniam naturali. l. 7.  
ff. de bon. damnat. Nov. 1. §. 1. ibi: se-  
cundum ipsam naturam. Harp. n. 55.  
Gomez. tom. 1. var. resol. cap. 1. n. 2.  
Quarantiam Civilis §. 2. *luff. de hered.*  
*qualit. ff. diff. ff. §. 1. h. c.**

Sunt autem Liberi varia in differen-  
tia: alii enim sunt *naturales, & legitimi  
ficti*: alii *naturales tantum*: alii *legitimi  
tantum*: alii *spuri* seu *vulgi quasi*: alii  
*ex damnato cotu nati*: de quibus vide,  
quæ diximus *lib. 1. tit. 11. num. 2.* Hic  
illud discutiendum, quinam & quomo-  
do succedant ab intestato? itaque sit

#### §. 1. De Successione Liberosum naturalium, & legitimo- rum simul.

**C**irca Liberos naturales & legitimos  
simul statenda est regula, quod  
succedant Parentibus ab intestato, ex-  
clusis omnibus ascendentibus, & colla-  
teralibus. Nov. 118. cap. 1. *Auth. in  
successione Cod. de suis ff. legit. Ra-*  
*tio est*; quia hos natura simul & Paren-  
tum commune votum ad successionem  
vocat. *l. 2. ff. Unde Liberi.* Ratio alia;  
quia hi vivo etiam Parente quodam-  
modo bonorum paternorum domini  
reputantur, *l. 11. ff. de lib. ff. posthum.*  
Quod verbò excludantur ascendentes,  
ratio est; quia amor descendit, non  
ascendit, & stimulus naturalis hortatur  
ad prius cogitandum de liberis, ita, ut  
filii non debeant thesaurizare Parenti-  
bus, sed hi filius suis. cap. 6. *de cen-*  
*sis Alde. num. 3.*

Illud

¶ Tunc non refert : I. *cujus* filii sunt Liberi, Mæfculi, an Feminae, nam æqualiter omnes succedunt, d. Nov. 118. cap. 2. Ratio, quia successio ab intestato ex cognitione causam trahit; feminae autem non minus cognatæ sunt, quam Mæfculi, H. r. n. §8 S. h. m. d. n. §. *Gutuz. loc. cit. n. 3.*

¶ Quod præcedit I. in allodialibus, non etiam in bonis feudilibus; enim verò in feudis feminae regulariter non succedunt, Tit. 1. §. 3. & Tit. 8. de success. feud. Ita, ut si feudum pater, & hæredibus eius datum concessumve sit, mæfculo duntaxat, non etiam feminis concessum esse intelligitur: Infeodis enim Jure feudorum sub nomine hæredia veniunt duntaxat Mæfculi, per text. in tit. 13. de alienat. feud. §. *et si lib. 1. feud. Fach. lib. 7. cap. 3. 4. 7. 42. Et 43. Mynsing cent. 5. ob. 72. n. 6. Harp. nom. 158. l. c. Et plures ab eo allegati. Ratio vero exclusionis est; tum, quia femina ab omnibus Civilibus Officiis remota est. L. 1. §. 2. l. 2. §. 1. ff. ad. S. C. Vell. Nec militaria Servitia (propter quæ secula concedi solent, Tit. 24. §. Item quæ lib. 2. feud.) obire & dominum armis iuvare, & defendere potest: tum quia secula in favorem Familiæ propter prædiorum constituuntur. Familia verò per mæfculos, non per feminas conservari, in consilio est Sanè si feudum sit Femineum, quale censetur esse, in quo Femina ab initio investita est, germanice: *Ein Weiber oder Gm. Erb. Lehen*, etiam Feminae ad successionem feudi admittuntur, Cap. 100. de feud. famm. Et cap. 100. de natura successuum feud. Pult. de feud lib. 1. cap. 9. n. 32. Engel. ad decret. tit. de feud. w. 20. Clariff. D. P. Konig. ibid. n. 40. Unde si de materia feudali sermo fiat, jam alibi monui, ante omnia esse inspicendum tenorem investituræ.*

• *Et ad Institut.*

¶ Precedit II. Nisi consuetudine vel statuto introducam sit, ut pro involutione hominum nobilium, et honorum mæfculum, filie tantum in bonis maternis æqualiter cum suis fratribus succedunt, in bonis autem paternis certam duntaxat portionem habent, etque contentæ esse debent.

¶ Quævis Immodum in hac nostra Aulica per usum, & consuetudinem obtinuit, ut existentibus filius filix provincies, ac hæreditate paterna removeatur, æque certa nomine dotis assignata portione contentæ esse jubentur. Sit. *inter manuscripta de Verzu. l. c.* hæc verba: *Es ist zu Weisen...* l. c. Tenendum est, quod in universa Austria nostra inter utrumque ar. videtur, tametsi filie ut quævis cum mæfculis seu filiis ad hæreditatem paternam admittuntur. Etiam quæ nescit, ab ea hæreditate propter necessario factam remunerationem penitus excluditur. Servum inempta etiam, quamquam ea non remanere fecimur, tamen a fratribus nihil, præter viduum cultumque statui convenientem, donec nubat, exigere potest demerpi vero dote, quæ pro virginitate & consuetudine virginitatis elocande, mediante remuneratione constituitur, contentæ esse debet.

¶ Quæ ipsa consuetudo Austriaca in tantum exten situr, ut Pater suis filiabus necque legitimam teneatur relinquer. Sautz. loc. cit. ibi: *Es ist auch...* l. c. Id quoque regionis usque servatur inter Illustres Et nobiles, ut pater non teneatur filia, per remunerationem à familia separatam, ullam testamentum relinquere legitimam: filie quippe satis est factum, si ea cui dote, juxta modum consuetudinis, ad matrimonium dimissa est.

¶ Q. I. An consuetudo Austriaca, quæ filias excludit a successione paterna, extendenda sit ad successionem fratrum, ita ut extantibus Mæfculis,

¶ ¶ ¶

necque

neque Fratribus ab intestato succedant ?  
 R. *Negativè*. Rario sola, sed solida est; quia talis consuetudo, quæ extantibus Masculis Fœminæ à successione paternâ remouentur, est Juris communis correctoria, atque adeò odiosa, consequenter strictissimam recipit interpretationem, *Arg. cap. 28. de R. J. in 6. & ultra casum expressum non extendenda. Mynsing Respon. 1. Decad. 15. n. 13. Carpov. p. 3. consil. 20. desin. 11. n. 7. Garl. lib. 2. obs. 33. n. 9. last. Et morte suo solide Panserov. lib. 4. obs. 27. per tot.*

- 41 Q. II. An talis consuetudo vel statutum valeat, quò sine etiam non habita portione adquirente legitimam, à successione paternâ remouetur ?

Rario dubitandi est; quia legitima debetur Jure naturæ, cum in locum succedat alimentorum, Nov. 1. §. 2. Jus autem naturale est immutabile. §. 11. *Inst. de J. N. G. Et c.*

Verum tenendum est, valere; consuetudines enim & statuta vim legis habent, *L. omnes ff. de J. Et J. Et l. statuta. si f. de R. per legem autem legitimam diminui posse diximus l. 2. Inst. de iust. seglam. n. 16. Et 17. Siquidem legitima extentus duntaxat Jure naturæ debetur, quatenus alimenta sapit, non etiam quatenus designat certam & determinatam legibus portionem. P. Engel. ad Decret. de success. ab intest. §. 2. n. 5. Facb. lib. 4. cont. 32.*

- 72 Non refert II. *Liberi sunt sui nisi emancipati*, omnes enim sunt & emancipationis differentia sublata est. Nov. 118. cap. 1. & successionis Jus fundamentum habet in Jure sanguinis. Jura autem sanguinis per emancipationem non tolluntur. §. 3. *Inst. de legiti. agnat. tut.*

- 73 Non refert III. *Pro nat'i sunt Liberi, utrique humeris frangitur*, siue line posthumi, l. 6 l. 7. *de suis Et legiti. l. 4. Cod.*

*ead.* Posthumi enim pro Jam nati habentur quoties de eorum utilitate agitur, l. 6. l. 7. *de suis Et legiti. l. 4. Cod. eod.* Posthumi enim pro Jam nati habentur, quoties de eorum utilitate agitur, l. 7. ff. *de stat. hom.* Dummodo justo tempore vivus, nec monstruosus nascatur, aut ex utero materno exsindatur, esto voc non emissa, eadem horâ incidit in obstetricis manus, & manes. l. 12. ff. *de lib. Et posthum. l. 3. Cod. de post. hered. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 10.*

Non refert IV. *Laici sunt Liberi, sicut Clerici*, l. 36. §. 1. *Cod. De Episc. Et Cler. Bruun. ibidem n. 12. Manz. n. 22.* Imo etiam Monachi ab intestato succedunt. *Auth. nunc autem Cod. d. 1. Et Auth. ingressi Cod. de S. S. Eccl. Rationes quia Monachi retinent Jura suntuaria, d. l. 56. §. 1. Ita tamen ut Monachus non sibi (sit enim ob votum paupertatis inespax domini) sed Monasterio acquirat, si ut in simili Servus acquirat suo Domino. Nov. 23. cap. 38. Et *Auth. si qua mulier. Cod. de S. S. Eccl. cum 30. cap. 26. consil. 18. q. 2. Clar. J. D. D. Franz. Hænsel. de J. Et J. tom. 1. fol. 307. n. 45.**

Q. III. An omnes indilinctè Monachi seu Religiosi ab intestato suis parentibus, vel ceteris cognatis succedant ?

Sunt qui distinguunt inter Mendicantes, & alios Religiosos binorum immobilium capaces. Ita *Jus. Clar. §. Testamentum q. 29. n. 8.*

Verum ex dispositione *Concil. Trident. sess. 2. c. 3. de regular.* dicendum est, omnes ordines, etiam Mendicantes, præter *Minores de observantia Capucinorum, & Drum. Professum Societatis JESU.* succedere ab intestato. Ratio verò, quare Franciscani, Capucini, & Doctus Professor Societatis ab intestato non succedant, in aperto est; quæ totam proprietatem proficentur, & per ipsam profectio nem regulantur mortui, hinc *inst. de ac*

si naturaliter mortui essent. *Manuel de J. & J. tom. 1. fol. 303 n. 19.* ubi in contextu subjicit, in Societate JESU non solum profectus, sed etiam Coadjutores Formatos dominii incapaces esse, illos verò qui post Novitiatum sola vota simplicia, ediderunt, quique dominii capaces sunt, a successione ab intestato multatius removeri.

16 Q. IV. An Novitio intra annum probationis ab intestato mortuo succedat Monasterium, an proximi collaterales?

Tametsi stando in theoria haud difficulter defensum possit, Monasterium succedere, prout hanc sententiam magis fundamentis instruit *Fingerv. l. 4. obs. 25* communiori tamen Doctorum calculo recepta est sententia, non Monasterium sed proximos collaterales ab intestato admittendos esse. Ita se ipsa docent *Mina. tract. de testam. l. 2. tit. 2. num. 267* *Perez. ad Cod. de S. S. Eccl. n. 15.* *Chingens. Inst. b. 1. q. 46.* *Zoff. ad Decr. de success. ab intestato, n. 8* *Pirrhing. eod. tit. n. 41.* *Engel de Regular. n. 14.*

Ratio sola sed fundamentalis est: quia Novitius cum effectu non censetur esse Religiosus, nisi quando Actus professionem fecit, sicut ergo Religionem ingressus ante professionem nondum se obtulit Monasterio quoad Personam, ita nec quoad bona, de quibus adhuc plenam disponendi libertatem habet, tam per actum inter vivos, quam ultimæ voluntatis. Accedit quòd Novitius iterum ad seculum redire possit, si velit, & Monasterio nulla acquiratur æcho, nisi seculi professione, *Concil. Trident. sess. 25. c. 10.*

Non refert V. quæ ordine Liberi sint nasci, primò loco, an secundò, nam illi & isti ab intestato æqualiter admittuntur. *d. Nov. 118. cap. 1.*

Lamentatur: nisi quodam in loco Jus primogenituræ viget; hoc enim casu so-

lus primogenitus ad successionem admittitur, qui tenetur reliquis Fratribus portionem condignam alimentorum nomine deservire, quæ portio alio nomine vocatur Opprobriolum. Germano idiomate: *Eme Fürstliche Abnandung, oder ein Fürstlicher Deputat.* Cuius Castellum *Münster* in sua Opprobriologia. Est autem Jus primogenituræ nihil aliud, quàm dignitas quædam & prerogativa, cuius natu major in successione ceteros fratres excludit. Differt à majoratu, quod primogenitura fundamentum suum habet in prioritate naturalium; majoratus vero in ætatis prerogativa. *Jacob. Spind. in suo Specul. verb. minoratus. num. 21.* Ubi ait, naturam primogenituræ istam esse, ut de linea in lineam progredatur, ita ut quovisunque bona primogenitura affecta lineam unius ex vocatis ingredia fuerint, secundogeniti linea non admittatur, donec primogeniti linea penitus evacuata, & finita sit. *Peragru. de fideicommiss. art. 27 n. 24.* In majoratu contra prerogativa ætatis est fundamentum. Quoniam ille ad successionem vocatur, qui in familia post mortem possessoris, major natu, & senex reperitur. *Engel tract. de Jurisd. Imp. Tbes. 141. tit. C.* Unde prono velut alveo sunt, in primogenitura Jus presentationis sibi locum vendicare, seu in majoratu. *Beold. lib. 1. dissert. novicap. l. 4. n. 13.* *Fingerv. lib. 4. obs. 23. n. 3.* Quæ si differentiam etiam ponit *Hermes ad Jus publ. cap. 18. n. 9.* Tametsi à iuri majoratum, primogenitura n., & fideicommissum familiæ communis loquendi usu promiscue usurpent. *Idem Fingerv. lib. 4. obs. 27. n. 92.*

Q. VI. An Jus primogenituræ refragoatur rationi Tametsi Jus primogeniti legibus Justinianea repugnet, utpote quæ inter Liberos æqualitatem percipiunt, eosque culpant, qui inter mares & fo-

multas differentiam ponunt. Nov. 118. c. 1. *maximam vitium*, Cod. de lib. praeteritis, ita ut aliqui proinde nati aut nati, consuetudinem, quae primogenitum ceteris exclusis ad fidei litem vocat, utpote consuetudinem morum observandam non esse. Bald. in l. en. ff. de J. & J. Alexand. Confil. 123. Col. 4. vol. 2. Praedictas tamen leges favor publicus, quem primogenitura respicit, non potuit ulcisse. Virescent enim crebra divisione illustres familiae, & praeter nomen dignitatis tandem nihil remanet. Tirac. de J. re primogenit. q. 3. ubi ejusmodi consuetudinem, quae Jus primogenitum invaluit, omnino, aut, servandam esse, & quae suffragantur Heredes in Fisco, per public. cap. 18. non. §. Gentes ad leg. Tacet. 40. & plures ab his allegatis ex hac potissimum ratione, quod divisio bonorum nulla illustribus sit perniciosissima, utpote quae rem attenuat, & corrumpit, tandemque in nihilum redigit, & profus destruit. Barl. in l. de feud. cap. 7. de suar. n. 41. nihil enim tam magnum quod divisione non sit parvum; & diminutus divites, minuitur, decrevit, & obliquitur ceteris, honor & dignitas familiarum, Rehb. de Regnum. Sacul. lib. I. Class. 4. cap. 17. n. 10. Imò sordescunt Domini non solum apud alios, sed etiam propriis subditis, quorum loculi hecuba laborant: Afo da's in fact. h. esser, en rocher Baur, als ein armer Elemanu an syen, Traj. de nobilit. cap. 32. non. 22. Kindp. l. de p. d. i. com. cap. 7. n. 35. Guil. lib. 2. obs. 153. n. 2. Ne ergo destruantur illustres familiae, & consueque occidant, aut manca redigatur nobilitas, recta ubique ratio fuit, ut primogenitas reciperentur, quibus famae illustres conservantur, & immortali veluti fulcro sustinentur.

Nec ea propter secundo genitus rationem querelandi habet: inculcet potius de-

dinem naturae, quae ipsum priorem nos produxit, respiciat alios, se infeliciores, puta, tertio aut quarto genitum, vel foras, vel alios infeliciores conditionis nobiles, perpendat, si fortuna volet, fiet de secundo primogenitus. Deinde Jure etiam Divitio meliori sorte fruebatur primogenitus, praefertur enim ceteris fratribus in sacris offerendis. Sedebat ad dextram patris, duplicatos cibos recipiebat. Onibus festis pretiosam vestem ferebat, lectum majorem partem hereditatis recipiebat, prout Abraham primogenito hereditatem, ceteris pecuniam dedit, &c.

Q. VI. An nepos ex primogenito praefertur in Successione Patris? Magna haec est, & a multis retroactis saeculis stylos & pili agitata controversia, quae ut feliciori sorte terminetur, emergat iste Casus:

Henricus, Rex Hispaniae, procreavit duos filios, Carolum, & Philippum, Carolus, utpote primogenitus, moritur, relicto ex se Ludovico. Quaestio est, si decesserit Henricus, an huius Nepos Ludovicus, an Philippus, qui est Patris Nepos, in primogenituram succedat?

Sunt, qui Philippo, patruo Nepotis suffragantur. Ita Cypar. lib. 2. feud. tit. 11. Surd. confil. 403. n. 34. & plures alii, Trinquillo de Jure primogenit. q. 40. confirmant.

Movenitur I. Si Nepos praefertetur patruo, tunc deberet preferri vel ex consuetudine, vel Jure communi: neutrum rectè dicitur; Ergo non praefertur, max. ostenditur. Non ex consuetudine, quia consuetudo vult primogenitum in secundo genito praefert; atqui patruus genitura praecedit nepotem, ergo. Non ex Jure communi; quia Jus representationis solum modo hoc operatur, ut remotior cum proximiori concurrat, & equaliter succedat; non verò

ut proximorem penitus excludat §. 6. *Inst. h. t.*

Mouetur II Privilegium primogenituræ est personale, quia propter ætatem competit, quæ est qualitas personalissima; ergo ad hereditatem non est transmissibile l. ff. de R. J. cap. 7. de R. J. in 6. ubi dicitur *personalia cum personis exsp. r. v.*

Mouetur III. Quod in spe duntaxat funilatum est, ad hæc ius non potest transmutari l. 10. ff. de Vult. Et pup. Subst. Ubi substitutus nihil transmittit ad hæredes, si ante hæc tem, cui substitutus est, decedat. sed Jus primogenituræ, si filio primogenito defuncto, in spe duntaxat competit; ergo id ad suum hæredem transmutare non potuit.

- 20 Verum, his argumentis non attentis, communiori D. D. calculo munita est sententia, quæ docet, nepotem ex filio primogenito in successione Regni, Archiepiscopatus, Ducatus, aut Marquatus, seu Primogenitura, præferri Patrio. Ita re ipsa mordicus descendunt Gomez ad l. Tauri 40. n. 65. Hermer in fascicul. Jur. publ. cap. 18. n. 15. Tiraqueil. de Jur. primogenit. q. 40. Ryschus c. 7. cor. 26. n. 12. ubi ait: adeo difficilem esse hanc questionem, ut Nili potius originem, quàm ejus veram decisionem inveniri possit, existimat Bald. in l. cum antipræbendis Cod. de Jure debb. qui post multa, in utramque partem adducta, eam indecisam relinquit, dicens: *Solus Apostolus. Hinc, var. resol. lib. 3. tract. 1. q. 26. Harp. prin. l. h. t. n. 17. Zou. F. de Jus. Et legat. heret. n. 15.*

Natur hæc posteriori sententia, quæ mihi quoque atridet his sui lamentis.

I. Quia certum est, & indubitatum, quod in quolibet successione Nepos succedit Avo suo, representando personam patris sui præmoris, capiendu id, quod Pater receperet; sed Pater cepisset

primogenituram ergo caput illam & filius; quia a. s. Jus representationis nihil operaretur.

II. Ea est conditio, & natura primogenituræ, ut gradatim descendat primogenitis in linea recta tandem, donec illa linea exstiterit, evacuat, & finita sit, & hoc ex probabili præsumptione constituentem primogenituram: qui scilicet semel filium primogenitum alteri filio prætulit, ita quoque omnes, ex descendantibus prætulisse omnino præsumitur, l. 102. ff. de condit. Et demonstr.

III In feudo Nepos Patrio præferatur. 2. Feud. tit. 40. Ergo idem in primogenitura procedet, cum commodum differentie ratio dari nequeat.

IV In successione Electoratus Nepos præferatur Patrio. Aur. Bull. tit. 7. ergo etiam in primogenitura.

V. Hunc sententiam ipsa Fortuna, cujus Vix est DEUS, videretur definitivisse, dum moriturus Nepos evasisse victor, quinto Otto Magnus, Romanorum Imperator, Julius gladiatorio aleam hujus quæ lionis commisit, ut proinde an. 15. mille necesse habeant. Fortunæ inclinare cervicem; enimvero  
-- Tantumne aliquis sibi posse videtur.

Fata quoque ut superet?

Refutantur argumenta contraria.

Ad II. & Nepotem ex consuetudine et præferri Patrio; sicut enim Nepos gradum Patris supplet, ita ejus Personam in proximitate representat, quasi viventem, & præsentem sistendo cum Parentes consuevit vivere in liberis l. in Jus. de R. I. proinde sicut Pater gauderet primogeniturâ, si in vivis esset, ita eâ tem gaudet filius.

II. Retorquendo eluditur, enimvero, si primogenitura juxta antagonistas Jus personale est, sequitur, nec ad pa-



truum transire; quod ipsum tamen eorum affectioni repugnat.

III. Resolvitur ex §. 4. *Instit. de V. O.* ubi id, quod in spe est, etiam ad hæredes extraneos transmittitur; textus enim ita sonat. *Ex conditionali stipulatione tantum ipse est, debitum iri, eamque ipsam ipse in hæredes transmittimus, si prout quam conditio extiterit, mori nobis contigerit.* Itaque dum adversarii volunt, id, quod in spe est, non transmitti ad hæredes, intelligendum est de spe vana, & simplici; non verò de spe certa, firma & radicata, qualem primogenitus habet. Plura argumenta resolvit *stirp. §. Huius loc. cit.* ubi sufficit, potiora refutasse.

Non refert IV. In quo gradu sint Liberi, priorò, an ulteriori? omnes enim equaliter ab intestato succedunt.

Ubi tamen curò procedendum, ac distinctio adhibenda, sintne omnes Liberi primo gradu, an omnes in remotiori, an denique aliqui in primo, aliqui verò in remotiori.

- 22 Si omnes liberi sunt in primo gradu, successio fit in capita, h. e. quilibet filiorum accipit virilem, seu æqualem portionem, ut ecce: Titius reliquit tres Liberos, & in bonis suis 300. fl. Hoc in casu successio fit in capita quibus liberiorum capit 100. fl. d. N. 118. cap. 1. *§. arch. in Successione Cod. de suis & legat.*

- 23 Sin omnes liberi sunt in gradu remotiori, refert iterum, an ex eadem stirpe descendant, an ex diversa?

Si descendant ex eadem stirpe, iterum fit successio in capita. Ut ecce: Titius reliquit tres nepotes ex filio suo unico Cajo. Hi tres nepotes omnes sunt in gradu remotiori, & descendant ex eadem stirpe, adeoque succedunt in capita, & portiones accipiunt æquales, §. 5. *Instit. de l. 1. 2. Cod. de l. 1.* Si descendant ex di-

versa stirpe, successio fit in stirpes, ut ecce: Titius reliquit ex uno filio quatuor nepotes ex altero duos tantum: hi omnes sunt in gradu remotiori, descendant tamen ex diversa stirpe, adeoque succedunt in stirpes, h. e. quatuor nepotes ex uno filio accipiunt dimidiam hæreditatem, & reliqui duo nepotes ex altero filio alteram dimidietatem. Successio enim in stirpes tunc fieri dicitur, quando non tot partes sunt, quot sunt capita; sed tantum recipitur, quantum pater habiturus fuisset, si vixisset, d. l. 2. nequi in præfato casu uterque filius recepiisset dimidiam hæreditatem, ergo quatuor nepotes ex primo filio accipiant unam dimidiam, & reliqui duo nepotes ex altero filio etiam unam dimidiam, ut itaque illam portionem consequantur, quam pater accepisset, si supervixisset.

Si denique aliqui sint ex liberis in gradu primo, aliqui verò in gradu remotiori, tunc in gradu primo constituti succedunt in capita. In gradu verò remotiori constituti succedunt in stirpes, h. e. capiunt eam partem hæreditatis, quam parens eorum habiturus fuisset, si vixisset. Ut ecce: Titius habet tres filios: primus moritur, relictis ex se quatuor liberis. Hoc casu secundus, & tertius Titio succedunt in capita. Illi autem quatuor liberi ex primo nato, succedunt in stirpes, h. e. eam portionem accipiunt, quam pater eorum accepisset, si vixisset, h. e. tertiam partem. d. Nov. 118. c. 1. l. 1. §. 4. *§. 6. ff. de suis & legat.*

Dices: proximior in gradu excludit remotiorem; sed secundus, & tertius sunt proximiores in gradu, quam liberò ex primo nato; ergo & dyl. ant. Proximior in gradu excludit remotiorem, si veniat remotior ex persona propria, *con. m. m.* Si veniat Jure representationis, *non.* Sed secundus, & tertius sunt proximi-

proximiores, quàm liberi è primo nati, si isti liberi, venirent ex persona propria, *cap. min.* Si veniant Jure representationis, *ne. min.* Et *conseq.*

Nepotes, seu liberi, ex primo nati, cum patruo succedentes, veniunt Jure representationis, h. e. ingrediuntur locum sui patris, capiuntque illam portionem, quam pater acceperet, si vixisset, *de Nov. 118. cap. 1. in successione. Cod. de suis, Et legit. Manz Inst. §. 6. h. r. Et ceteri omnes. Walter de Jure Consuet. Inst. lib. 3. tit. 56. 57. 58. Et seqq.*

## §. II. De Successione liberorum Legitimatorum

26 Liberi legitimati per subsequens matrimonium, æquè succedunt, ac liberi, ex justo thoro nati, ita, ut nulla inter eos statuenda sit differentia, sed omnibus, & per omnia pro veris, juratis, & legitimis habendi sint, §. 2. *Inst. h. r. l. 10. Cod. de Nat. Harp. n. 271. Manz. n. 87.*

27 Q. VII. an legitimati per subsequens matrimonium etiam in bonis feudalibus succedant? vide *lib. 1. tit. 10. n. 85.*

Legitimati verò per Rescriptum Principis tum demum parentibus succedunt, si non adstet liberis justis & legitimis, *l. 22. Cod. de nupt. Nov. 89. cap. 9.* Ratio quæ extraneis justis liberis, i. e. naturalibus & legitimis, Princeps regulariter legitimare non solet, *d. Nov. 89. cap. 12* & si legitime, non confertur ad alios effectus legitimæ, quam ut porta dignitatum aperatur legitimatis, non verò Juris succedendi ab intestato, ne aliis justis liberis præjudicet, *Manz. tit. 10. Inst. hic §. 1. n. 33. Et seqq.*

Sane si Princeps velit uti plenitudine potestatis, etiam ubi is justis existentibus, naturales quædam Juri succedendi legiti-  
mariæ potest: novissimè enim Juri est,

Principem ex justa causa alteri Jus quæsitum auferre posse, modo jultâ causâ moveatur. Deinde Princeps per legitimatorem per subsequens matrimonium liberis justis præjudicare potest, ergo etiam per legitimatorem, per Rescriptum Principis, cum matrimonium non aliter inducat legitimatorem, nisi quatenus subiter dispositioni Principis. *Zosf. ad Decret. qui filii sunt legit. n. 27. Gail lib. 2. obs. 142. n. 10.*

## §. III. De Successione liberorum legitimorum tantum.

Liberi legitimi tantum, alio nomine<sup>28</sup> vocantur adoptivi. Hi vel sunt adoptivi in specie, vel arrogati. Adoptivi in specie (quales dicuntur illi, qui Juris alieni sunt) vel adoptantur ab extraneo vel ab ascendente, v. g. ab arvo materno.

Adoptivus ab extraneo succedit ab intestato, tam patri adoptivo, quàm naturali, *l. pen. §. 1. Et §. 2. Cod. de adopt. §. 14. Inst. h. r.* Quod procedit, si adoptio duraverit usque ad mortem patris adoptivi; enim verò si fuerit ab adoptante emancipatus, tunc ei ab intestato non succedit, *d. l. pen. §. fin. antem Cod. de adopt. Brunr. ibid. n. 3. Schneid. §. 10. Inst. h. r. n. 7.*

Adoptivus ab ascendente succedit patri adoptanti, & naturali, *Harp. n. 250. D.D. Franz. Inst. h. r. n. 35.* Quod procedit, si adoptio duraverit usque ad mortem adoptantis; enim verò si emancipatione soluta sit, ita demum succedit, si gradu sit proximus, *d. Nov. 118. cap. 1.*

Arrogatus succedit arrogatori ab intestato sicut naturalis, & legitimus, non solum in illis bonis, quæ ad ipsum transiit, sed etiam in bonis ipsius arrogatoris, *d. l. pen. §. fin. Cod. de adopt.*

Quod procedit, si arrogatio duraverit, utque ad mortem patris arrogantis: enimvero si emancipatio intervenierit, hæcque jura fuerit, a successione remouetur. *Schneid. n. 16.* Si verò iniqua fuerit, ex constitutione Divi Pii quartam partem bonorum pretendere potest, §. 3. *Inft. de adopt. Harp. n. 248.*

#### § IV. De Successione liberorum Naturalium tantum.

Liberi naturales tantum, quos alio  
29 nomine Bastardos vocare solent, matris, & omnibus, ex linea materna ascendentibus, succedunt unà cum legitimis, l. 2. l. 8. ff. *Unde cognati. l. pen. Cod. ad SC. Orph. Concord. Walter de Jure Consect. Ayl. lib. 3. tit. 16. his verbis: Et nunc em Matris. . . i. e. potest mater liberorum haud legitimis quatuordecim saccarum in testamento esse. hi quippe matris ab intestato succedere possunt, & heredes ex ejus testamento existerent; praterquam cum mater est persona illustria, vel ex stigmatibus principum nota.*

Patri verò liberi naturales ab intestato non succedunt; alendi tamen sunt ab hæredibus juxta mensuram substantiæ, & arbitrium boni viri, *Nov. 89. cap. 12. Auth. licet. Cod. de nat. lib. Sane, si pater naturalis nullos habeat liberos legitimos, neque legitimam uxorem, liberi naturales in sextantem, seu duas uncias hereditatis paternæ succedunt, quas cum matre concubina juxta personarum numerum dividunt. d. Nov. 89. cap. 12. Spuri seu vulgò quæsit, patri nullatenus succedunt. l. 5. ff. de in Jus voc. l. 2. Et 4. ff. unde cognat. Ratio: quia patrem habere non intelligitur, cui populus pater est, §. 12. *Inft. ne nupt. Matris verò, ac reliquis, per lineam maternam ascendentibus, unà cum aliis, legitimè variis, Spuri**

succedunt. Ratio, quia mater certa est; pater verò incertus, d. l. 5. Sane, si mater sit personæ illustri, Spuri eidem non succedunt: ita specialitèr sanctorum est l. si quis illustri. §. Cod. ad SC. Orph.

Ceteri liberi, ex damnato coitu nasciti, quales sunt nefarii, incestuosi, sacrilegi, adulteri, nec patri nec matri succedunt. *Nov. 74. cap. ult. Nov. 89. cap. 12. Et autem ex complexu Cod. de nupt. Et matris nupt. Imò, de Jure civili eis ne quidem alimenta à parentibus debeatur. d. Nov. 89. cap. ult. Et d. Auth. ex consuetudine ubi dicitur, nullam ipsis impetientiam esse clementiam. Mautz n. 74. Quod tamen procedit de alimentis, sine quibus vel propria industria, & labore, vel a iis modò licitò vitam conservare possunt; non verò de illis quibus negatis, mori necessum foret: hæc enim alimenta debentur ex lege charitatis; ne alias necare videantur, qui alimenta negant, juxta l. 4. ff. de agnos. Et alend. lib. Et cap. 5. de eo, qui dux in matre. &c. accurate, & more suo solide Clariss. D. D. Franz. *Inft. l. 2. n. 41.**

#### SECTIO II

##### De Successione Ascendentium.

**O**rdine turbato, succedis Bulgare nasco. Antiquus iste versus est, innuens, quòd deficientibus liberis, ascendentibus, seu patribus nostris ad successionem defuncti admittantur; ita tamen, ut dicatur ordo naturæ quasi turbatus; nam ordo naturæ est, ut prius moriatur pater, quàm filius; & si aliter contingat, dicitur ordo naturæ turbatus. *Schneid. n. 3.* cum verò ascendentes quoque in multiplex differentia sint, addo, ut distinctè procedamus, sequitur.

## §. I. De successione Parentum naturalium, &amp; Legitimorum simul.

31 Itaque, si quis decedat sine liberis, prædictæ loci ad successorem vocantur parentes utriusque sexus, *d. Nov. 118. cap. 2. in ultimam, secundum gradus prærogatam*, ut videlicet proximus, *v. g. pater* excludat remotionem, *v. g. avum*, *Schub. in Harp. n. 37.* cum verò etiam collaterales cum ascendentibus, *q. a. loq. succedant*, sic pro clariori intellectu hæc distinctio adhibenda.

32 Vel enim parentes soli existunt, & concurrunt ad filii defuncti hereditatem, vel simul etiam existunt, & concurrunt Fratres, & Sorores defuncti. Si parentes soli existant, & sint pariter proximi, succedunt pariter, & æqualiter filio defuncto, ut ecce: adit pater, & simul mater. Hi succedunt defuncto filio in partes æquales, excludis omnibus remotioribus, puta, avo, avi, præavo, præavi, &c. *d. Nov. 118. cap. 2. ante defuncti* Collidit. *Te. in l. Imò*, si solus pater, aut sola mater adit tunc ille solus, hæc sola in bona defuncti succedit, exclusis avo, avi, & ceteris ascendentibus, proximi enim in gradu excludit remotiorem, *d. Nov. 118. cap. 2.* Jus representatio in linea ascendentium locum non habet, contra naturam siquid invidetur, ut patens representet suum filium, & si pater, & c. in his ab illo, non ille, b. hæc de fecundæ, & communiter representatio fiat eorum, qui nos genuerunt, non ab eis, à quibus nos genui sumus. *l. Nov. 118. cap. 2. à Sommering. in l. b. 1. n. 12. Muz. in l. b. n. 27. Schub. n. 22.*

33 Si parentes soli adint non verò gradu proximi, sed in ulteriori gradu  
*Nees ad Instituta.*

existant, referri, sive ex eadem linea? & successio fit quasi in capita: ut ecce: adit solus avus paternus & sola avia paterna; hi succedunt defuncto nepoti æqualiter, ita, ut medium portem hereditatis capiat avus paternus, & alteram medium partem avia paterna. *d. Nov. 118. cap. 2.*

Si vero sint ex diversa linea, referri? Si pater sint? ætatem succedunt in capita, ut ecce: ex linea paterna adit avus paternus, & avia paterna; ex linea vero materna adit avus maternus, & avia materna. Hæc in casu omnes quatuor defuncto succedunt æqualiter, & quilibet accipit quadrantiem, h. e. tres uncias, *d. Nov. 118. cap. 2. ver. si autem Matz. n. 30. & ceteri omnes.*

Si num. rō si ut disparēs, successio fit? quasi in stirpes, ut ecce: adit ex linea paterna, & avus paternus, & avia paterna; ex linea vero materna adit sola avia materna. Hoc in casu hereditas dividitur in duas partes, ita, ut una pars media devolvatur ad avum paternum, & aviam paternam; altera verò media pars spectet ad solam aviam maternam. *l. Nov. 118. cap. 2.* his verbis: *Si proximi ascendentes veniunt, hos proprii iherunt, qui proximi gradu representant, in scilicet, & famulus siue patris, siue matris.* Si autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hereditas dividitur, ut medietatem quilibet accipiant omnia a patre ascendentes, quatinusque fuerint: medietatem vero reliquam, à matre ascendentes, quatinusque eorum veniri contigerit.

Q. VIII. Succedantne parentes liberis? cum, vel sine distinctione bonorum? vide *Clarif. D. D. Franz. in l. b. n. 10.* ubi pro & contra allegatus Authoribus, hæc questionem late deducit; ego hæc, & aus que hic veniari solent, con-

trou, suis discutiendis manum non ad-  
movere, ceteris inflexis rationibus.

Hactenus, quomodo parentes soli  
succeedant. Sequitur, quid Juris, si  
defunctus reliquit parentes, & si ul-  
terius germinis fratres, & Sorores,  
h. e. utrumque latere ipsi defuncto con-  
iunctos? Quo in casu hi cum parenti-  
bus succedunt defuncto in capita, se-  
cundum numerum personarum, ita,  
ut parentes & fratres, quotquot illo-  
rum sint, viriles, & æquales portiones  
accipiant hereditatis d. Nov. 118 cap.  
2. *vers. si vero*. Ut ecce. Titus decessit,  
relictis patre & matre, & tribus fratri-  
bus germanis. Hi omnes succedunt Ti-  
to æquibet, ita, ut hereditas divi-  
denda sit in quinque partes, & singuli  
virilem portionem capiantur.

Dixit. *Fratres Germani*, Fratres e-  
nim, ex uno latere tantum conjuncti,  
quos autem *Conianguinei & Uterini* cum  
parentibus ad hereditatem defuncti non  
admittunt. Sed id. n. 30. *Carpro-*  
*p. 3. loc. 17. de iur. 5. n. 6. Clarff.*  
*D. D. Fratr. n. 53. Fach. lib. 6. cap. 8.*  
Ratio; quia Fratres Germani duplici  
vinculo iuncti sunt, duo autem vincu-  
la fortius ligant, quam unum. Ratio  
alia redditur a *Manz. tit. 5. Inst. hoc n.*  
8. quia (inquit) si parentes non am-  
plius vivunt, sed soli Fratres Ger-  
mani, uterini, & consanguinei, primum  
reliquos excluderent, ut iuris de  
Successione collateralium (Deo annuen-  
te) attulerunt; ergo multo magis debent  
Ascendentes eos excludere, qui potiores  
sunt, utpote in secundo ordine succe-  
dendi constituti.

37 Q. IX. *Ad defuncti Frater, utriusque*  
*communis, præferatur Avus, nec ne?*

Ratio dubitandi est; quia Frater ut-  
rinque conjunctus, una cum Patre ad  
successionem admittitur; atqui Pater  
excludit Avum: ergo Frater quoque

eundem excludet; quia pari Jure cum  
Patre fruetur.

Sed nigros dudum calculos tulit ist-  
hæc sententia, communique harmonia  
DD receptum est, avum, five patro-  
num, five in ternario, uti, cum Ger-  
mano Fratre admittendum. Ita tenetur  
*Hunn. var. resol. lib. tra 9. v. Q. 35.*  
*Fach. lib. 6. cap. 1. Hosp. n. 358. Manz.*  
*loc. cit. n. 24. Sol. tit. n. 24.*

*Probatio* luculenter per d. Nov. 118.  
cap. 2. his verbis. *Si vero cum ascenden-*  
*tibus inveniantur Fratres, aut Sorores,*  
*ex utrisque parentibus communis defunc-*  
*to, cum proximis gradu ascendentibus vo-*  
*cabuntur*. Ex hæc textu sic arguo:  
Parentes, gradu proximo, succedunt  
unum cum Fratribus germanis, d. cap. 2.  
atque in eadem quæstione propositæ avus  
est primum; quia proximus is  
censetur, quem nemo antecedit, l. 92.  
ff. de V. S. ergo avus succedit cum fra-  
tribus germanis.

Ad rationem dubitandi. 2. Avum  
hoc in casu idem Juris habere, quod pa-  
ter defuncti habuit; est enim pater  
deficiente, proximior, ideo, sicut Fra-  
ter germanis non potuit excludere pa-  
trem; quia ex ascendentibus fuit pro-  
ximior, ita neque potest excludere a-  
vum; quæ hic, deficiente patre, est  
proximus.

*Diximus*, quomodo succedant ascen-  
dentes una cum fratribus, utroque la-  
tere conjunctis, sequitur, quid Juris,  
si cum Ascendentibus concurrant fra-  
tres germani, & horum premortuo-  
rum filii? Quo in casu secunda est  
Nov. 118 cap. 3. *vers. sed & ipsi a Nov.*  
117 in præf. *not.*

Injuncta Nov. 118. cap. 3. Soli fra-  
tres germani cum ascendentibus admi-  
tuntur, exclusis utrumque liberis, ve-  
rum, injuncta Nov. 127. etiam præ-  
mortuorum fratrum liberi cum Ascen-  
dentibus,

dentibus , & fratribus germanis admittuntur , non quidem in capra , sed in stirpe , acceptâ videlicet , illi portione , quam ipsorum pater consecutus fuisset , & hoc Jure representationis. Ubi

*Nota.* Quod, tamen si Jure representationis in successione descendentum in infinitum porrigatur ; in linea tantum collateralis ultra fratrum liberos non extendatur. *Artic. post fratres Cod. de leg. 1. h. vel Nov. 118. cap. 3. vers. si autem defuncto* ut propter nepotes , aut pronepotes fratris germani cum aliis fratribus germanis non admittantur *Manz. loc. cit. n. 56. S. b. r. d. n. 13. Hæp. n. 387. S. b. r. d. cent. 2. Consil. 62. per tot.*

## §. II. De Successione Parentum legitimorum tantum.

39 Tamen si Jura successionum solcant esse reciproca , ut promde videatur descendendum , quod , licet filius adoptivus patri adoptanti extraneo ab intestato succedit , ita quoque pater filio adoptivo succedere debeat tenendum tamen est pro regula , quod pater adoptivus extraneus filio adoptato ab intestato non succedat , sed pater naturalis. §. 14. *Instit. b. t. l. 1. c. 1. §. 1. Et 2. Cod. de adopt.* Si vero pater adoptivus sit ex Ascendentibus , puta : avus maternus filio adoptivo succedit , exclusâ patre naturali. *L. pen. vers. si ve pater Cod. de adopt.* Quod procedit de Jure Codicis , insuper etiam Jure Nov. Illarum , pater adoptivus ascendens nra cum patre , & matre naturali æqualiter succedit , Ita *Harold. de J. Et f. tom. ut c. cons. 3. §. 1. n. 460. Clariss. D. D. Franz loc. cit. n. 57.*

Arrogator filio arrogato regulariter qui etiam suc edit ab intestato *d. §. 14. Instit. b. t. c. l. pen. §. ult. Cod. de adopt.*

procedit tamen eo solo casu , quo arrogatus puer , non emancipatus , & sine liberis decessit ; enumerato si impubes decesserit , bona ipsius restituenda sunt iis , qui ab intestato successissent. *vide , quæ dicta sunt ad §. 3. sup. de adopt.*

## §. III. De Successione Parentum Naturalium.

Quandoquidem correlativorum ea est disciplina , ut statum de uno , censetur statum etiam de altero ; ideo ex dictis facile colliges quomodo parentes , naturales tantum , liberis suis ab intestato succedunt : sicut enim filius naturalis non aliter succedit quàm si neque liberos legitimos , neque uxorem legitimam reliquerit ; ita patiter Pater naturalis filio suo non aliter succedit , quàm si filius non reliquerit prolem , vel uxorem legitimam , qui casu duas unicas , seu sextanteam accipit. *d. Nov. 89. c. 13.*

Contra Mater filio naturali sine distinctione succedit ex ratione correlativorum n. §. ult. *Iny. de SC. Testat. l. 2. §. 1. ff. eod. Et l. 4. ff. unde cogniti.* Quemadmodum etiam succedit Spurio , eo quod inter semper sit certa ; Pater vero , cuius incertus sit , à successione Spuriorum renevetur. *d. Nov. 87. cap. ult.*

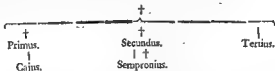
Cæteris , ex damnato coitu susceptis , puta : concubitis , a matrem , &c. Neque Mater , neque Pater succedit , cum nec uterque , nec illi Liberi nominati s. *Artic. n. 49.*

Pater , qui hæc quoque de secundo ordine successione dicta sunt , præcedunt de Jure etiam nra quæ Jure Austriaco noster constitutus in Alberti non recessu , sicut hactenus , quam sibi data est successio Austriacæ tantum ita , ut parentes a successione liberorum per collaterales

patris excludantur. Testis est Joann. Baptist. *Satzungen in juss Mann-Scriptur. U. d. Erb. Erbschaft in aufsteigender Linie*, his verbis: Dem allgemeinen Land-Brauch nach, . . . i. e. Ex consuetudine generali regionis cuius non possunt parentes liberi succedere. Hinc convenienter prius, patris quam habent liberi ex hereditate paterna; conjugumque a latere legitime stantibus cedit. Idem testatur Berard. *Walter de jure consuetud. Angl. lib. 3 tit. 63.* ibi: *Item* Wiewohl. . . i. e. Sed cetero in casu ascendentes, veluti pater, mater, avus, avia, fratrum pater et mater, cum defuncti fratris sui superiorem ex aequale parte admittant; tamen, quia ex posita Austrie consuetudine, hereditas ab intestato non retrosum deferretur; hinc si ascendentes a intestatione per eos non eos collaterales prius excluduntur: Item a consuetudine provincialis hereditatem retrosum deferri non sinit. Et Tit. 30. ibid. Zum fünfften, Wann. . . i. e. cum aliquis intestatus decedit, nulli liberis, nullique conjugum a latere, sed tantummodo patre, matre, avo, avia, abique ascendentes in linea recta relictis; non possunt hi ascendentes hereditatem capere; nam ex posita admodum consuetudine regionis nostra, non deferretur hereditas

patris, matris, nec remaneat gradum. Ubi notandum, non alii superius, . . . i. e. non alii ad priorem gradum pertinet. Hic cecedit Joann. Baptist. *Walter in suis deservent. jur. cit. Et de pr. his formulis La. Oeffenreich. . . i. e. In Austria usque etiam temporibus* (supradicti tandem praelat nova jura ordinatio, hinc forte jura notationem aliter) non succedunt parentes in hereditate liberorum: nam hereditas ex consuetudine Austriae, non retrosum deferretur in linea recta, ut quidem isti exigente, ut dependentibus hereditibus alios, si ascendentes priorem excludantur.

Sequitur I. Quid si aliquis ex una parte relinquit Patrem, & altera parte ex secundo patris filium, iste filius, licet gradu sit remotion; excludat tamen patrum. Ut ecce. Titus habet tres filios, primum, secundum, & tertium. Prius moritur relicto filio Cajō; secundus etiam moritur, relicto filio Sempronio; Tertius vero vivit. Contingit, ut Filius secundus etiam decedat, quæstio est, quis ei succedat; & R. Filium primi Cajum succedere exclusō Patris Tertii, ita *Walter loc. cit. tit. 77. Fünfften. lib. 2. obs. 13. n. 19.* ubi ita judicatum esse refert: Rem ex arbore accipe.;



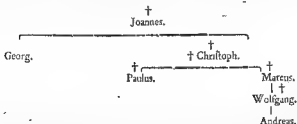
### APPLICATION.

**I**N posito caso, si Sempronius moriatur, Succedit ei Cajus, exclusō Patris sui Tertii; ratio non est alia; nisi meritis dem Österreichischen Land-

brauch nach, die Erbschaft nicht Zurück fallen i. e. quia quod, ex consuetudine Austriacae, hereditas non retrō deferretur.

Sequitur

- 43 Sequitur II. Quod in casu, quo altera pars, ex altera verò Patrum reliqua, neque Fratrem, neque Liberos, quæ, Nepos ex Fratre excludat Patrem. Ut ecce:



In posito casu moritur Paulus, qui ex una parte relinquit Patrum suam, Christoph. et Fratrem, Georgium; ex altera parte fratris sui Marci Nepotem Andream. Ille de Jure Austriaco, licet gradu sit longè remotior, excludit tamen Georgium ex nulla alia, quam dicta ratione, cum amor descendat; non ascendat. Plura de hac materia, ad praxin accommodata, vide apud *Walter*, & *Sutniger*, loc. cit.

44 Illud adhuc memoriam dignum existimabam, quod illa consuetudo Austriaca (*hereditas, cum nulli existunt heredes in linea descendente, ad filium, non autem ad ascendentes deferatur*;) in linea collateralis ascendenti locum non habeat, sed duntaxat in linea recta ascendenti procedat. Ut ecce: moritur Petrus, relinquens filiam Gertrudem, & filium Georgium; Georgius etiam decedit relicto ex se uno filio. Quaestio movetur, an *Gertrudis*, an *filio Georgii*, *Fiscus succedat*? & per rationem dubitandi in eo fundari, quod ipse Petrus, tanquam Pater, eadem non succedisset; ergo neque Gertrudis succedet; cum in utroque casu militet eadem ratio, daß nemlichen die Erbfolge nicht zurück falle.

Verum, hic dabitur ratione non attentâ, testis *Sutniger* in *Manuscriptis*, sit *E. vers. Esbwege*, in excessu inferioris Austriacæ Regionis per sententiam judicatum est, Gertrudem, excluso Fisco, in præfato casu ad successionem admitti, ex ratione; quod in exorbitantibus à Jure, & in odiosis non debeat fieri extensio, cap. odia 15 de R. J. n. 6 atque contra limites Juris communis esse, quod Parentes à successionem Liberiorum removeantur, apud omnes in confesso est; ergo ista consuetudo, utpote odiosa, & à Jure communi vehementer exorbitans, nequaquam extendenda est. Deinde te ipsum interrogo, num rationi naturali non videatur refragari, quod Fiscus præferatur illi, cui lex naturæ, sanguinis prærogativam secuta, hæreditatem addicit? sed manum de tabula.

Q. X. An consuetudo; per quam in Austria Parentes à successionem Liberiorum intestato excluduntur, non refragetur Juri naturæ?

Ratio dubitandi præcipua hæc est; quia Parentibus debetur legitima de Jure naturæ, prout aperte docet Nov. 1. §. 2. ubi; *tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur*. Atqui consuetudo



usuetudo Austriaca Parentes excludit etiam à legitima: ergo refragatur Juri naturæ.

II. Eadem ratione Parentibus debetur hereditas Liberorum, qua Liberis debetur hereditas Parentum, *text. express. in Nov. 115. cap. 4.* Sicut ergo consuetudo, qua Liberi excluderentur à successione Parentum, videretur improba, & irrationabilis; ita consimiliter consuetudo, quæ Parentes removeretur à successione Liberorum, videri debet improba & irrationabilis.

III. Certum est, & indubitatum, à Liberis Parentibus alimenta deberi, *l. 5. §. 2. & §. 16. de agnos. & aliend. lib. Erg. l. 4. ff. eod. tit.* ut alimenta, tanquam de Jure naturæ positivo debita, per consuetudinem tolli nequeant, §. 16. *hij. de J. N. G. & C.* ergo etiam legitima Parentibus debita, per eam vetustatem tolli non poterit, cum sit locò alimentorum. *Gal. lib. 2. Obs. 122. n. 4.*

Verùm his non obstantibus, fortiter tenendum est, præstari consuetudinem Juri naturæ nullatenus refragari. Ratio sola, & solida est; quia Jus succedendi ab intestato, est mentissima Creatura Juris Civilis, *Nov. 89. cap. 1. Nov. 74. cap. 1.* ibi: *max. lex introducta fuit sine hujusmodi modis: & legitima Parentibus debetur solo Jure Civili, non naturali.* *l. 12. Cod. de legit. hered. Nov. 13. cap. 1. l. 36. §. 1. Cod. de in ff. test. ubi Justinianus expressè testatur, partitionem hæc se querelam inofficiosa excludentem, legem, sumptus constitutionem defuncti; ergo consuetudo, quæ Parentes excludit à successione, & legitimi Liberorum, Juri naturæ non adtrahitur, quod enim Jure Civili introductum est, eode Jure Civili, & per consuetudinem tolli potest, §. pen. *Int. de J. N. G. & C.**

Pro resolutione rationum adducendi

notandum est, legitimam dupliciter considerari posse I. quatenus alimentata sit, II. quatenus est certa, & determinata legibus portio.

Primum modò accepta (ipsi fatentur Austriaci) quod parentibus debeatur à liberis; sicut in pari alimenta debentur filiabus renuntiatis, & secundo genus in primogenitura.

Secundò autem modò si legitima consideretur, de Jure Austriaco parentibus (inquit) non deberi, sed per consuetudinem sublatam esse. Res profecto cura, & exteris deploranda; non quidem in casu, quo adsint collaterales, utpote quibus etiam ratio naturæ suffragatur, sed in casu, quo collaterales deficiunt, & tota hereditas applicatur Filio.

Debet tamen parentes consequuntur alimenta, ut proinde querelam casam nullam habeant, etiam cuilibet extraneo ante deberi, ubi alendi se deficiunt, & scilicet, ut promde parentes non forent melioris conditionis, quàm quilibet extraneus, nisi dixeris, alimenta etiam deberi Parentibus, qui proprio labore, & industria se sustentare valerent.

### SECTIO III.

#### De successione Collateralium.

**D**iximus liberos ad parentum: & 46 parentes ad hereditatem liberorum. Superest, ut de tertio ordine succedendi (puta, collateralium) agamus; cum vero si quis deceat, non relictis descendens aut ascendens, tunc succedunt collaterales, & quidem primum loco fratres, quorum alii sunt agnati, aut cognati. Legitimi iterum aut legitimi tantum, alii legitimi, & nativales solum.

Fratres naturales, & legitimi simul, 7  
agnati

iterum alii *Conjuncti*, h. e. qui ex eadem Matre nati sunt. An *conjuncti*, qui ex eodem patre, sed diversa matre nati sunt: alii *intestati* qui ex eadem Matre, sed diverso patre progeniti sunt.

### §. I. De successione Fratrum naturalium & Legitimum Germanorum.

Primo locò ad successionem Defuncti vocantur Fratres Germani, exclusis Consanguineis, & Uterinis Nov. 118. cap. 3. Ratio, quare excludant Fratres consanguineos, & uterinos, est hæc; quia duplex vinculum, quo Fratres invicem juncti sunt, fortassis itringit, quàm simplex *Matr.* tit. 6. §. 1. n. 7. loc.

- 48 Quod procedit I. In allodialibus; non vero in Feudalibus: in his enim non tam attenditur duplicitas vinculi, quàm agnatio, atque adeò consanguinei a Germanis non excluduntur, sed æqualiter succedunt. *Clariss. D. D. Franz. Inst. loc. n. 75. Fult. de Feud. l. 1. §. 9. n. 122. Guil. 2. Obs. 151. n. 1.*

49 Procedit II. de Jure communi Romano, secus de Jure consuetudinario Austriaco, secundum quod Frater consan-

guineus cum Fratre Germano in bonis paternis æqualiter, in maternis vero, & ab ipso defuncto ac, utis bonis solus Germanus succedit. Ita testatur famosus Practicus *Walter de Jure Conjug. Anst. lib. 3. tit. 64.* his verbis: *Scribet ein Mann . . . v. De. sit aliquis relictus fratribus, quorum alii simplices, alios duplices vinculis junctos habuit: eo in casu desertur ex jure hospitali hereditas ad eos tantum, qui defuncto fratres duplici vinculo juncti fuerint; quod quidem ex provinciali consuetudine, in bonis ad quos defuncto acquisitus procedit. In bonis autem, quæ ipsi ex successione familiae obtulerint, (in denen ei bgetern, welche von dem stamm herkommen), hæc differentia servatur; nimirum, qui defuncto junctus fuit frater ex patre, si cum eo qui duplici vinculo frater extitit, bona quæ defunctus ex paterna habuit successionem, æqui partibus accipit; materna vero enim sequentem quem ex duplici vinculo adeoq. et ex matre fratrem habuit; ratio igitur ea servatur, ut bona hereditaria (erb-güter) semper ad eam revertantur stirpem ex qua perfecta sunt; puta, paterna paternis; materna maternis. *Väterliches auf Väterliche, mütterliches auf mütterliche geschwistliche.**

Joannes  
Pater.

Martha  
Mater

Joannes  
Pater

Anna, secunda  
Conjux.

## APPLICATIO.

50 INposito casu, si moriatur Paulus, tunc Christophorus acquirit omnia illa bona, quæ Paulus suâ operâ congregavit, vel ex successione Matris acquirivit. In illis verò bonis, quæ

Paulus ex successione Patris obtinuit, Georgius, & Christophorus æqualiter succedunt. Vide quoque *Sintag. in Manuscript. lit. E. vers. Erbschafft, Liber der Erb-schafft von einem und zweyen Kindern,*

de, &c. Ratio nulla est alia, quam, quia de Jure Austriaco cedunt paterna paternis, materna maternis.

§1 Sic pariter fac, quidam successionem defuncti concurrant fratres consangu-

nei, & uterini. Hoc in casu si tres consan. lineæ succedunt in patris, uterini in materinis; in a. quisitus vero aliunde, consanguinei, & uterini succedunt æqualiter. Utece:

†	†	†	†	†	†	†
Jo. Pater.	Martin 1. Conjux.	Id. Joan. Anna 2. Conj.	Anna end.	Joach. 2. Marit.		
Georg 1. fil. Christ.	2. fil. Paul.	3. fil. Mar. filius.	Wolffg. Andreas.			

In posito exemplo, si moriatur Marcus, tunc Georgius, Christophorus, & Paulus Marco succedunt soli in bonis paternis, in maternis verò succedunt Wolfgangus, & Andreas etiam soli; in acquisitis autem aliunde, quàm ex successione Matris, omnes succedunt æqualiter. Ita Walter loc. cit. his verbis: *Wann zwey vley &c. i.e. cum utrinque extant fratres sororeve diverso vinculo, ali à patre, ali vero à matre defuncto juncti; tunc n. sunt heredes in bonis paternis, qui cum eo ex eodem patre, in maternis vero et tantum qui ex eadem matre nati sunt quod quidem &c. de jure scripto procedit, nec non consuetudini provinciali consentaneum est: si autem defunctus bona aliunde quàm ex parentum successione obtinuit, tunc de fertur hereditas ad utroque æquis parti bus in caput.*

Dixi: æquis partibus, ubi accuratè observetur veluti, quod Walter videatur d. l. sentire à Sottinger; hic enim (quantum lenit colligere) nullam facit distinctionem inter casum, quo Germani concurrunt cum consanguineis quo, d. bona aliunde, quàm ex immediata Matris successione, acquisita, & illi, quo consanguinei concurrunt cum uterinis. Siquidem indistinctè asserit, quod in utroque casu in bonis, aliunde (puta, per Testamentum, Donationem, aut alio titulo) acceptis, vel propriè industria

acqu. filis, Fratres æqualiter succedant, prout pater ex loco citato, *lit. E. vers. Eschlingfi*. Linea in Jure communi, his verbis: *da contr. stum abt. . . i. e. sapè tamen contrarium ex Consuetudine Austriac. in Consilio bey er Regierung* defunctum est: immo n. fratres sororeque utriusque vinculi cum aliis vinculi dupli. c. tantum paternis quàm acquisitis bonis ad. m. si sunt successores æquis partibus. Walter econtra in bonis aliunde acquisitis, æq. atern successionem non admittit in casu, quo Germani cum consanguineis, sed distinxit ex in casu, quo consanguinei cum uterinis concurrunt, vide quoque *Freywald lib. 4. obs. 1. 3 per tot.* Mo in hac in materia, consuetudinem Austriacam allegando, ungue aristis latè excurrere; sed insilienti ratio abruptit eorum.

Hæcenus audivimus, quomodo Fratres Germani succedant. Nunciat, quid Jura, si cum Germanis concurrant Fratrum prædefunctorum filii & breviter deciditur, quod illi filii veniant Jure repræsentationis, h. e. illam portionem capiant, quam parens ipso vivo, si adhuc viveret, accepisset. d. Nov. 118. cap. 3 repræsentans enim unus Jure repræsentati. *Manz. tit. 6 §. 1. art. 26. Harp. mus. 407. Concord. seu Act. sac. test. Walter. lib. 3 tit. 67. Gebel in Mann mit Todt ab; . . . i. e. Decessu obijt relin.*

veluti ex una parte fratribus, ex altera vero nepotibus ex prædefuncto fratre, eo in casu nepotes in locum parentis succedunt, & concurrunt cum fratre defuncti superstiti, non tamen in capita, verum in stirpes. Ubi tamen observandum, quod, licet Jus representationis de Jure communi in lines descendenti in infinitum, & de Jure Austriaco teste *Walter lib. 3. tit. 62.* usque ad quartum gradum inclusive extendatur, in collateralibus tamen ultra Fratrum filios non porrigatur, *d. Nov. 118. cap. 3. Schneid. n. 13.*

§. XI. Quomodo fiat successio, quando fratrum Germanorum præmortuorum filii soli concurrunt, an in capita, an stirpes? Hæc *Questio*, quæ inspecto Jure communi, vehementer dubia est, decisionem recepit ex Constitutione Caroli V. Romanorum Imperatoris, in Comitibus, Anno à partu Virginis 1529. Spiraë habitis, juxta quem fratrum filii, si soli adsint, succedunt in capita. *Concord. Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript. lit. F. vers. Erb. Recht. ibi: Weilen d'e Constitution i. e. Quoniam Constitutionis Caroli V. Imperatoris, quæ anno 1529. Spiraë prodit, clara apertaque Sententia est, ut fratrum liberi, utpote in pari gradu, in capita non in Stirpes succedant: per eam atque omnia contraria statuta, ordinationes, consuetudines, præscriptæ mores, ac proinde ipsa Austriaca Consuetudo antiqua, & abrogata sunt.*

## §. II. De Successione Fratrum consanguineorum, & uterinorum.

§. 1. Si quis à vivis cedat, non relictis fratribus Germanis. neque eorum Liberis, tunc succedunt Fratres consanguinei, & uterini æqualiter; ita, ut *Rees ad l. infirmam.*

nec consanguineus uterinus, nec hic excludat consanguineum, sunt enim in pari gradu, & hodie omnis differentia agnationis sublata est. *d. Nov. 118. cap. 3. aulic. post. fratres. Cod. de legat. hered.*

*Limitatur in feudis*, ubi consanguineus uterinus fratrem excludit, siquidem in Feudis spectatur sola agnatio. *Schneid. n. 20.*

Q. XII. An, si concurrant fratres uterini, & consanguinei, bonorum fiat divisio? ita, ut bona materna uterinis: paterna consanguineis cedant.

Tametsi, inspecto Jure communi, verior esse videatur sententia, quæ docet fratres consanguineos, & uterinos æqualiter succedere, nullâ factâ distinctione bonorum, eo quod *d. Nov. 118. cap. 3. generaliter*, & indistincte fratres consanguineos, & uterinos ad successionem defuncti vocet; hancque sententiam sustineat, *Hut. var. resol. lib. 3. tract. 1. Q. 37. Bachov. ad Tresul. vol. 2. disp. 16. ib. §. 1. et C. Clariss. D.D. Franz. Jus. bis. 82.* Communioni tamen Doctorum calculo munita, & consuetudine Austriacæ recepta est sententia, quæ consanguineis paternis: uterinis verò maternis decernit. Juxta illud: *Maternis cedunt materna: paternis paternis.* Ita re ipsa tenent *Harp. num. 442. Schamb. hic Walter loc. cit. tit. 65. ibi: Wau. zweyvel. Gschwursrige, i. e. Cum utrinque extant fratres sororesve deorsum vinculo, alii à patre, alii verò à matre defuncto nati; tunc si sunt hæredes in bonis paternis, qui cum eo ex eodem patre, in maternis verò si tantum qui ex eadem matre nati sunt: quod quidem & de jure scripto procedat, nec non consuetudini provinciali consentaneum est. Si autem defunctus bono alterius quam ex parentum successione obtinuit; tunc datur*  
H h h fertur

*feritur hereditas ad utroque æquis partibus in capitis prout supra jam demonstravimus, & n. § 1. hoc. tit. figuram posuimus.*

### §. III. De Successione Fratrum legitimorum, legitimorum tantum, & naturalium tantum.

56 Fratres, legitimati per subsequens Matrimonium, succedunt eo modo, quò fratres ex iusto thoro nati, cum per omnia pro legitimis habeantur, Nov. 117. *§ cap. tanta. X. qui filii sunt legit. Schneid. n. 36.*

57 Legitimi verò per rescriptum Principis considerari possunt, vel cum respectu ad se invicem, vel cum respectu ad fratres, ex legitimo thoro natos. Primo modo considerati succedunt ab intestato. Nov. 74. cap. 2. Secus, considerati secundo modo. Schneid. n. 37. *Manz. tit. 7. §. 3. n. 44.*

58 Fratres legitimi tantum, sibi invicem non succedunt, cum in potestatem adoptantis non transeant. *l. pen. §. 1. Cod. de adopt.* Quod intellige de adoptatis ab extraneo: Diversum obtinet in arrogatis; hi enim, durante arrogatione, agnatis arrogatoris succedunt; cognatis non etiam, *l. 23. §. 1. per. Cod. de suis & legit. hered.* Quod Jus adhuc hodie inviolabiliter custoditur; quoniam *d. Nov. 118. cap. 4.* tantum tollit differentiam inter agnatos, & cognatos quoad conjunctos vinculo naturali, non verò quoad conjunctos civili.

Adoptati ab ascendente, & sibi invicem, & agnatis, cognatisque adoptantis succedunt, *d. Nov. 118. c. 4. Clariss. D. D. Franz. n. 85. § 86. Schneid. Inst. hoc. n. 47.*

Fratres naturales tantum, vel sunt<sup>99</sup> conjuncti per Patrem vel per Matrem? si prius, sibi invicem succedunt, secus, si posterius. Nati verò ex damnato coitu, indistinctè ab omnium transversalium successione removentur; non enim merentur nomen filiorum, aut fratrum. Nov. 74. cap. ult. Nov. 89. cap. ult. Schneid. *§ Franz loc. cit.*

Tandem, si nec fratres adsint, nec horum liberi, promiscuè vocantur collaterales secundum gradus prerogativam, ita, ut proximior excludat in gradu remotiorem, & hæc successio extendatur in infinitum, Nov. 118. cap. 3. §. 1. ubi indefinite sancitur, omnes à latere cognatos vocari; quæ locutio generalior est, quàm ut ad certum gradum restringi possit. Dissent. Schneid. *Manz. Myus.* & plures alii, qui Jus successione decem graduum limitibus circumscribendum putant, *per text. §. for. Inst. de success. cognat.* ubi decimi duntaxat gradus vires mentionem fieri. Sed & ibi gradum non determinativè, sed exempli causa positum esse, exempla autem non restringunt regulam.

#### S E C T I O. IV.

##### De

##### Successione Viri & uxoris.

**E**Xpeditum est, quòd, inspecto Jure civili antiquò, vir, & uxor sibi invicem non succedant, sed, quòd nulla inter ipsos sit sanguinis conjunctio. Hoc tamen, cum Prætori durum videretur, aliqualem correctionem recepit, cui explicandæ priusquam manus addam,

Observa: quòd, quoties de successione viri, & uxoris occurrit questio, toties duo considerata sint; Primum est,

est, num inter conjuges non sint inita pacta dotalia? Secundum c. l. an non vigeat aliqua consuetudo, aut statutum, quod caveatur, qualiter conjuges sibi invicem succedant?

Si facta sint inter conjuges pacta dotalia, necesse est, ea ad amicum interveniunt, non attenta dispositione juris communis, statuti, aut consuetudinis. Ratio: quia provisio hominis tollit provisionem legis, & lex silet, ubi homo loquitur. *l. fin. Cod. de pact. conu.*

61 Dices: Pactum de succedendo non valet, *l. fin. Cod. de pact.* ergo non possunt pacta dotalia fieri de mutuo conjugum successione. *¶ antedecum* procedere duntaxat de jure communi; consuetudine enim fere totius Europæ receptum est contrarium, teste *Gail. 2. ob. 117. num. 6. Mynsing. 2. obf. 33. num. 10.*

62 Pacta itaque dotalia servanda sunt, ita ut de jure Aultrico, defuncto marito, viduagaudeat jure retentionis, nec cedere bonis teneatur; donec ei dos, donatio propter nuptias, largitas sponfalitia, paraphernalia, & quæcumque alia, vigore pactorum dotalium debita, integre restituantur. *Walter de jure consuet. Aust. lib. 3. tit. 8. Eine Wittib, ihres verstorbenen Ehe-Mannes erlassene Haab und Güter seinem Erben abzurufen, nicht schuldig; sie werde dann zuvor von ihren des Vermögens ihres habenden Heyraths-Hilff ganzlich abgefertiget.* Ad hoc tamen, ut vidua jure retentionis uti, & fructus ex bonis mariti percipere possit, requiritur, ut illa inventarium conscribi curaverit, sine quo si bonus mariti sese immisceat, perdit hypothecam, & privilegium sibi competentia, *Schwarzsch. in not. ad proces. Jud. ad fin. cap. 2. de omni r. test. num. 13.* Facit Ordinatio politica. *Ferd. 1. in*

*von den Pupeln, und min terjahrigen.* Tüborn. Ibi: Sollte solche &c. i. e. *Des miter vel noverea staten poss. in iris miterem, baworum omnium nobilium &c. omnium ratione rite inventarium conscribere ab omni suspitione alienum: hoc autem non faciens carebit ut suspecta omni iure hypotheca; et tamen salva erit ejusq. ius ab eis finem esse persecutio, ex ratione juris facienda.*

Et hæc ita demum procedunt, si dos & similia jura, quæ vidua sibi deberi præwendit, sint liquida, & in contumacem probari possint. Alias si sint illiquida, & controversa, tunc mulier jure retentionis non gaudet, sed vel debet præstare cautionem, vel bona in sequestranda sunt, donec mulier prætensiones suas sufficienter liquidaverit: ita testantur *Matib. Berrich. part. 2. Con. cl. 32. num. 15.* Retentio enim est quasi compensatio. *l. fin. Cod. commod. debiti* autem liquidi cum illiquido compensatio non admittitur, *l. fin. Cod. de compens. Carpz. part. 2. cons. 25. definit. 17. n. 8. Suring. Manuscript. lit. W. vers. Wittib. Ibi: Wittib: müssen, &c. i. e. Vidua debet prætensiones suas sufficienter liquidare ac probare. & ita in excell. *Austr. Regim. judicatum esse, testatur.**

Q. XIII. Quid juris, si in litteris dotalitis hæc clausula expressa fuerit? quod utrumque conjuges constante matrimonio acquisiverint, commune est. Ut hæc in questione distinctè procedatur, sit

*Ajfero 1.* Bonus constante matrimonio acquisita, in dubio præsumuntur, opera, & labore mariti acquisita esse. Ratio: ut ex parte uxoris evitetur turpis, & inhonesti quæstus suspicio, *l. quintum 51 ff. de dona. inter Vir. & Uxor. H. H. H. lib. 4. obf. 6. num. 21. Suring. in Manuscripta lit. B. vers. Broderes Gütter*

*Güter in valdeinder Ehe.* His verbis, *Prosumptio est pro marito, quod acquisita opera & labore ejus sunt parata*, ad evitandam turpem & inhonestam suspitionem, NB nisi probetur, pecuniam ex parte uxoris existisse.

- 65 *Affectio II.* Quid quid, stante matrimonio, maritus, & uxor acquisiverunt, non bonum commune est utique, sed ad maritum spectat, vel ipsius hæredes. Ita docent *Fanfservald. loc. cit. n. 21. Corpzov. part. 2. conf. 25. def. 8. mon. 4. Gul. 2. obs. 78. num. 9. Ratio*: quia maritus teneatur alimentare uxorem, subolem, omnemque familiam in victu, & amictu. Item tenetur dotem dare filiabus, l. fin. *Cod. de dot. promiss.* ægrotæ uxori providere de medico, & cætera onera matrimonii sustinere: ut proinde ipsa cum æquitatis suadeat, bona, stante matrimonio, eidem decernere, & non uxori, quæ forsitan nihil profuit, nisi in *Thalamo*, aut in *sumulo*. *Concord. Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript lit. E. vers. de clausula.* Ibi: *bonæ consuetudine matrimonio acquisita inter conjuges communia esse, non fert ratio juris.*

- 66 *Affectio III.* Si ista clausula: *quid utriusque conjugis consuetudine matrimonio acquisiverint, id in commune erit*, in litteris dotalitibus expressè posita fuerit, tunc, cum posita de legem contractibus, l. 1. §. 6. ff. *de pos. bona* consuetudine matrimonio acquisita, æqualiter dividenda sunt. *Walt. lib. 3. tit. 15. Sutting. loc. cit.*

*Litteratus in Litteratis*, & iis, qui officia habent: tametsi enim præfata clausula: *Was byrde Theil.* Sc. litteris dotalibus expressè inserta fuerit, inter litteratos tamen, & officio aliquo provisos æqualem successionem non operatur, cum iuxta Nobiles, & litteratos uxor ut plus

consumat, quam lucratur, quod præfatis probatione non indiget, cum forte tu ipse testem agere posses.

II. Considerari, & inquiri debet, an non exulat aliquod statutum, aut consuetudo in eo loco, ubi maritus habet domicilium, quod statuto aut consuetudine dispositum sit, in quibus rebus, & qualiter conjuges sibi invicem succedant? si vigeat aliquod statutum, aut consuetudo, secundum hanc Judici procedendum erit, Consuetudo enim derogat Juri communi. l. 9. ff. *de J. & J. Schneid. de Success. int. ver. & ver. n. 3. & 4.*

De Jure Austriaco, si Maritus moriatur, & uxor litteras dotalitibus pro se nullas habeat, succedit illa marito in tertiam partem bonorum mobilium, si maritus ex prima uxore liberos post se reliquerit; si verò prius uxorem non habuerit, aut habuerit, sed ex ea nullum hæredem reliquerit, tunc uxor in bonis mobilibus succedit in secundam partem. Ita testatur *Bernard. Walter. lib. 3. tit. 67* ibi. *So ist in solchem Fall biszhero Landsbrau. lib. 6 gewesen, dass der Wittib, wann der verstorbene Ehe-Mann zuvor ein lebendes Weib gehabt, und von ihr Kinder hinterlassen, der dritte Theil seiner lebenden Haab und Güter zu theilen, und zu folgen solte, wo aber der verstorbene Ehe-Mann zuvor kein Weib gehabt, oder in der selben keine Kinder vorhanden, so folget der Wittib halber Theil der Fehrbu.*

Sed quid Juris in bonis immobilibus? M. hac de re quoad plebeios nihil meo ceru invenire potuisse, nisi quod *Walter. lib. 2. tit. 80. in fine* asserat: *Wann allenthalben &c. i. e. Cum nulla ex parte venimus cognati, tunc admittit per civile viduam ad hereditatem defuncti mariti capiendam, & recipere: id vero mi-*

nimi fers consuetudo, quippe quæ in eo casu hæreditatem ad fiscum deferat.

DIAT : Quod pubeior ; inter personarum enim illustres dotalia, vulgò *die Wittib-Satz*, recepta sunt, circa quæ res ita se habet : *des Wittib Stübl balber*, &c. l. e. Circa dotalia solent pubeipacisci, eaque juxta pactum debent servari ; quoniam verò quantaque ea esse debeant, eorum nullus ex consuetudine modus est certus ; hic quippe ab arbitrio & consensu paciscentium dependet. Ubi autem de dotaliibus (*Wittib Stübl*) nihil est expressum, ea vidua, matrona, in statu nobilitatis consuevit (*herren und ritter-stands*) debet pro ratione conditionis assignari. *Fensterwald*, n. 4. obs. 19 n. 5.

Quod si tandem nulla pacta dotalia existant : nec nullum statutum in loco, ubi maritus domicilium habet, vigeat, tunc recurrendum est ad Jus commune, casus enim omisit remanet sub dispositione Juris communis, l. 7. ff. de condit. caus. dat. caus. De Jure autem communi inter Jus antiquum, novissimum, & Jus Prætorium distinguendum.

De Jure civili antiquo, & L. XII. Tab. vir & uxor sibi invicem prorsus non succedebant, cum nulla inter eos sanguinis sit conjunctio l. 7. Cod. commun. de success.

Verùm, cum Prætori hoc durum & difficile videretur, constituit, ut, si defunctus neque liberos, neque parentes, neque consanguineos reliquerit, successio devolveretur ad conjuges, ita, ut vir uxori, & rursus versa, succederet, excluso Fisco, l. unica. Cod. unde vir, & uxor.

68. De Jure civili novissimo, si matrimonium sit indotatum, h. e. mulier nullam dotem, vel maritus nullam donationem propter nuptias habeat, & præterea pars superstes sit inops, præmo-

riens verò dives, tunc superstes patris defunctæ succedit, siue extent liberi, vel collaterales ; siue non extent : & quidem, si extent liberi, tunc, si numerò sint IV. vel plures, superstes conjux succedit in virilem portionem, h. e. *bekommens einen Kinder-Theil*. Si verò III. vel pauciores liberi extent, tunc pars superstes ex conjugibus succedit in quædam partem hæreditatis. Ita aperte *Lancet*, *Auth. præterea* Cod. Unde vir, & uxor. *Brunn*, ibid. *Schneid.* n. 17. *Gall. obs.* 98. n. 5.

Idem procedit, si non concurrant liberi, sed collaterales ; horum enim si III. adfint, Conjux superstes succedit in quartam partem ; si verò IV. sint, vel plures, admittitur in æqualem portionem, cum hac notabili differentia, quod in casu, quo, superstes conjux concurrat cum collateralibus, portionis suæ, & proprietatem & usum-fructum acquirit ; si verò unà cum liberis succedat, solum usum fructum consequatur *d. auth. præterea. Manz. tit. 11. §. 5. n. 65. Schneid.* n. 14.

## SECTIO V.

### De Successione Fisci.

SI defunctus neque liberos, neque<sup>69</sup> parentes, neque collaterales, neque conjugem post se relinquit, bona censentur vacantia, & Fisco cedunt : so mag die hohe Obrigkeit die Erblose Güter zu ihrer Cammer zuheben, l. 1. l. 4. Cod. de bon. vacant.

Ad hoc autem, 'ut bona' dicantur<sup>70</sup> vacantia, requiritur, ut prius inquiratur per proclamata publicè affixa, num non existat aliquis, qui defuncti hæreditatem sibi debere probare possit, l. si ad tempore. ff. de remiss. pig. ult. Cod. d. l. 1.

H h h 3 Manz.



*Manz. tit. 12. n. 5.* quando, & in quibus casibus in Austria succedat Fiscus? vide *Walter lib. 3. tit. 80. per tot*

- 71 Illud adhuc pro coronide notandum, quod, si quis in peregrinatione moriatur, neque Fiscus neque hospes, Jure hospitali, bona defuncti retinere possit; sed per manus Episcopi, si fieri potest, vel heredibus ab intestato debeant tradi; vel in pias causas erogari. *text. in aul. omnes peregrini. Cod. commun. de success. Manz. loc. cit. num. 25.*

Hoc tamen Jure non utuntur Galli, enim verò in Gallia Jus, (ut vocant) *Allogani* receptum est, vigore cujus Fiscus succedit peregrinis, seu alienigenis. *Manz. n. 26. Perez ad Cod. qui test. tam. fac. poss. num. 6.* Quod idem memorie commendare volui, ut intelligant illi, qui ad Gallos peregrinantur, quem exitum bonorum expectare queant, si in Gallia, (lue fortè *Gallia*) naturæ debitum persolvant.

## TITULUS II.

## DE OBLIGATIONIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 Ponitur ratio ordinis.
- 2 Definitur obligatio.
- 3 & 4 Alia est naturalis; alia civilis; alia naturalis, & civilis simul.
- 5 Explicatur definitio obligationis naturalis, & civilis simul.
- 6 Traduntur regulae, quomodo possim cognoscere, an sit obligatio naturalis tantum, an civilis tantum, an naturalis, & civilis simul?
- 7 Recensentur effectus istarum obligationum.
- 8 Pactum quid sit?
- 9 Quomodo differat à pollicitatione?
- 10 Pactum, aliud est nudum; aliud vestitum.
- 11 Secundum consuetudinem pactum nudum quoad effectum non differt à stipulatione.
- 12 Pactum vestitum quid sit?
- 13 Quomodo vestitur?
- 14 Quid contractus?
- 15 Alium est bona fidei; alium stricti Juris.
- 16 Qua inter illos sit differentia?

- 17 In contractibus bona fidei à tempore mora curritur usura.
- 18 In contractibus stricti Juris usura currit à tempore litis contestatae.
- 19 Contractus alii iterum sunt nominati, alii innominati.
- 20 Differunt, quod in his, re integrâ, sit locus penitentiae; secus in illis.
- 21 An dolus contractum nullo reddat?
- 22 Quando Dolus, datus causam contractui, & quando in contractum dicatur incidere?
- 23 Dolus, datus causam contractui bona fidei, facit contractum ipso Jure nullum.
- 24 Non etiam contractum stricti Juris.
- 25 Item, si tantum incidat in contractum.
- 26 27 28 & 29 Metus quando contractum irritet?

## CONNEXIO.

Dicendum est in §. *fur. Inst. de J. N. G.* & C. omne Jus, quod utimur, pertinere vel ad Personam; vel ad Res; vel ad Actiones. In I. de personis: in II. & III. ad hunc usque Tit. de rebus actum est.

est. Sequitur recta ratio ordinis actionibus, quarum mater cum sit obligatio, ideo prius de obligationibus, quam de actionibus agendum.

### Ad Principium.

2 In hoc principio Sacratiff. Princeps iustitiamus definit obligationem, atque esse *Juris vinculum, quo necessitate adstringitur, aliquis rei solvenda secundum nostram civitatis Jura.* Antequam hanc obligationis definitionem explicem, juvat vidisse, quomplex sit *Obligatio*? Ita enim intelligis, qualem obligationem hic Imperator definiat.

3 *Dandus autem obligatio in naturalem tantum, civilem tantum, & naturalem & civilem fund.* Obligatio naturalis tantum est vinculum, adstringens ad præstandum id, quod solo Jure nature debetur, l. 91. § 4 ff. de solut. talis v. g. est, quæ ex nullo Jure provenit, ex testamento imperfecto; ex conventionis patris cum filio, &c. Obligatio civilis tantum, est vinculum, adstringens ad præstandum, quod solo Jure civili debetur, talis est quæ oritur ex litterarum obligatione, ex sententia condemnatoria non defensori, l. 96. ff. de re jud. Item oritur obligatio, *civiles tantum*, quando quis, deferente adversario jurat, eum sibi debere centum, quod petit. Hoc in casu jurans obligat adversarium, esto hic nihil debeat, l. 5. §. 2. l. 9. §. 1 ff. de Jure jur. non naturaliter ( ut patet ) ergo civiliter. *Clariff. D. D. Franz. Inst. hic n. 8.* Obligatio naturalis, & civilis fund, est vinculum, adstringens ad præstandum quod Jure naturali, & civili debetur. Talis est, quæ ex negotiis, utroque Jure validis confurgit, v. g. ex stipulatione, emptione, venditione, locatione, conductione, &c. & de hac obli-

gatione naturali, & civili simul procedit posita definitio, in qua

Dixi I *naturalem*, quod est *genus*; omnis enim obligatio est vinculum, l. 19. ff. de con. l. 7. indeb.

Dixi II. *Juris*, quæ vox locò *differentie* ponitur, nam per eam vinculum obligationis distinguitur ab omnibus aliis vinculis materialibus, hoc est, illis, quibus forte vincuntur boves; aut alie res. *Harp. n. 8.*

Dixi III. *Quò necessitate adstringitur*, quibus verbis continetur vis & officium obligationis, quod in eo consistit, ut invitatus etiam, & nolentes necessario adstringat, proditò in eum finem remediò actionis; quamprimum enim quis naturaliter & civiliter obligatur, nascitur inde actio, l. 42 §. ea ff. de procurat. Unde contractus ab initio dicitur voluntatis; ex post facto necessitatis, l. 16. §. 3. ff. commodat. l. 5. Cod. de O. A. Manz. ad præs. n. 4.

Dixi IV. *Aliquis rei solvenda*, quæ particulæ effectum obligationis declarant, quia verò verbum rei, & verbum solutionis generalia sunt, generaliter quoque intelligenda sunt, ut non tantum, de re aliqua danda; sed etiam de faciendo intelligantur, ut sensus sit: obligatio est Juri vinculum, quò necessitate adstringitur ad aliquid dandum vel faciendum. *Manz. nom. §.*

Dixi V. *Secundum nostram civitatis Jura*, h. e. juxta constitutionem in l. 23. quod met. caus. ubi sancitur, quòd nemo debeat propriâ authoritate Jus sibi dicere; sed per legitimas actiones illud persequi, *Schneid. hic.*

Advertis modò, designatam hic esse obligationem naturalem, & civilem simul, neque enim naturali tantum, neque civilis tantum habet illam necessitatem solvendi. Non naturalis, quæ natura-

naturaliter tantum obligatus nulla actione ad solutionem compelli potest. *L. 1. ff. de pact.* Non civilis tantum, quia per exceptionem doli eliditur; paria autem sunt; actionem nullam habere, & talem, qualis per exceptionem infirmari potest. *Manz. n. 8.*

6 Q. 1. Quomodo possim cognoscere: num ex aliquo negotio consurgat obligatio naturalis, & civilis simul? R. hoc posse colligi ex his quatuor seqq. regulis.

*Prima* est hæc. Quando lex civilis expressè resistit conventioni contrahentium, quando prohibet, actum, vel contractum fieri, tunc neque naturalis, neque civilis obligatio oritur. *L. 5. Cod. d. 2. ubi diserte cautum est; nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente.* Tale exemplum est in prodigo, cui bonis interdictum est. *L. 6 ff. de O. & A. qui neque civiliter obligatur. Schneid. n. 13. Zoesf. ff. de O. & A. n. 43.*

*Secunda* regula est hæc. Quando lex civilis, vel canon alicui conventioni neque resistit, tunc sola, & nuda obligatio naturalis tantum nascitur propter consensum, & naturam æquitatem. Talis obligatio naturalis tantum nascitur I. ex nullo pacto; hæc enim talis est conventio, cui lex, vel canon expressè neque resistit, neque assensit, *L. 7. §. 4. ff. de pact.* II. ex contractu, inter patrem, & filiumfamilie inito; pater enim, & filius in jure civili pro una eademque persona habentur, *L. fin. Cod. de impub. & alius subst.* Sicut ergo aliquis sibi non potest obligari; ita nec pater filio, nec filius patri; quia alias sibi obligaretur. Cum verò ista ratio de jure duntaxat civili procedat, & filius, & pater de jure naturali diversè per-

sonæ esse censentur: ideo sibi invicem; saltem naturaliter, obligantur. *Manz. nam. 36. Schneid. nam. 16. III.* Obligatio naturalis tantum consurgit ex testamento imperfecto, propter voluntatem disuncti, quæ de re ex pæfesso egimus. *lib. 2. tit. 20. n. 24.*

*Tertia* regula. Quando lex civilis expressè assensit alicui conventioni, & præterea æquitas naturalis, & consensus adsit, tunc oritur efficax obligatio, & naturalis, & civilis. Illa, propter consensum, hæc, propter approbationem Juris civilis. Exemplum nobis sunt omnes contractus, à Jure civili approbati, v. g. *emptio venditio, locatio, conductio, Mutuum, commodatum, depositum, &c. Obtingent. Q. 3. hic.*

*Quarta* regula. Quando lex civilis alicui conventioni expressè assensit; in qua tamen æquitas naturalis deficit, tunc, propter assensum legis, oritur obligatio, civilis tantum. Exemplum prolat in litterarum obligatione & in non debitore, per sententiam condemnato. Dissent. *Zoesf. ff. de O. & A. n. 9.* ubi latissime discutit, num detur obligatio civilis tantum; & tandem *negativè* concludit, quæ sententia, si ad lancem solidioris Jurisprudentiæ appendatur, quam exiguis fundamentis nitatur, utique demonstrarem, nisi otiosum tenuissem, de lana caprina mulum contendere.

### Quinam sint effectus istarum trium Obligationum?

IV. Obligationis naturalis tantum, 7 tres præcipui sunt effectus I est, quodd, licet non producat actionem, *arg. L. 7. §. 4. ff. de pact.* producat tamen exceptionem, *d. l. 7. §. 4.* Ut ecce: obligatus mihi es naturaliter & civiliter ex contractum

tractu mutui, postea per nudum pactum tertius constituitur, quod illud debitum à te nunquam velim exigere. Hoc pactum, ex quo confurgit naturalis obligatio, parit exceptionem, & si ego à te illud mutuum petam, poteris me repellere per exceptionem pacti de non petendo l. 27. §. pactus ff. de pact.

II. Effectus obligationis, naturalis tantum, est, quod naturaliter tantum, debitum, si fuerit solutum, repeti non possit. Ut ecce: si ex testamento, minus solum, tantum legatum praestat; vel qui ex nudo pacto promissum solvit, hoc in casu soluti non datur repetitio l. 10. ff. de O. & A. naturaliter enim debita, si soluta fuerint, repeti non possunt. Schneid. n. 25.

III. Effectus obligationis naturalis est, quod debitum, naturale tantum, compensari possit cum debito, naturali & civili simul l. 6. ff. de compensat.

IV. Quod in constitutum recte deducatur l. 1. §. per. ff. de const. pactum. Clariss. D. D. Franz. hic. n. 6. ubi plures effectus obligationis, naturalis recenset.

Effectus obligationis, naturalis & civilis simul, est quod pariat actionem, & si per aliquam exceptionem non elidatur, executionem. l. 27. §. 2 ff. de pact. Manz. n. 62. Schamb. Inst. hic.

Effectus obligationis, civilis tantum, est, quod pariat actionem; non autem executionem, quia per exceptionem, v. g. non numerata pecunia, pacti de non petendo, actio excluditur §. praeterea. Inst. de except. Schneid. n. 7.

### §. Omnium I.

Summa seu prima divisio obligationum, naturalis & civilis simul desumpta est à causa efficienti remota, & secundum quam obligatio alia est *cruda*; alia *prae-*

Kees ad Institutum.

*toris*, quae aliò nomine etiam honoraria vocatur. *Cruda* vocatur illa, quae à Jure civili vel ex L. XII. Tab. vel ex SC. vel Plebisc. vel Constit. Principum, vel Responsis Prudentum inducta, & approbata est. Talis est legis Aquiliae obligatio, ab Aquilio, tribuno plebis, & sic à plebiscito inducta l. 1. §. ad leg. Aquil. Item obligatio de pauperie, quam quadripes fecisse dicitur, à L. XII. Tab. introducta. Idem obligatio litterarum, stipulatio, sponsalitia largitas, &c. *Manz. hic.* *Prætoris* est, quae à prætore inventa est, est v. g. obligatio ex furto *Prin. Inst. de perper.* & ten. per act. ex rapina *prin. Inst. de vi bon. rapt.* ex constituto §. 11. *Inst. de act.* ex Jure Jurando voluntario §. 11. *Inst. de iud.*

Differentia inter obligationem civilem, & prætoriam, præter alias, hæc est præcipua, quod illa sit perpetua, & duret XXX. annis, hæc vero annalis sit & unius anni spatio circumferatur. Schneid. n. 6. hic.

### §. Sequens fin.

Secunda divisio obligationis est, quod alia oriatur ex contractu; alia ex quasi-contractu, alia ex debito; alia ex quasi-debito. Illa verò, quæ ex contractu nascitur, iterum vel *re*, vel *verbis*, vel *litteris*, vel *consensu* contrahitur, prout (annuente DEO) per decursum hujus libri videbimus. Interest tamen, prout quæmadmodum contractus in specie descendamus, juvat hic, velut in vestibulo, naturam contractus in genere excutere; &c. cum pacta adhuc latius pateant contractui, ideo primò locò differendum de pactis.

*Pactum definitur*, quod sit duorum & vel plurium in idem placitum consensus l. 1. §. 1. ff. de pact.

I i i Dixi

9 Dixi I. *donum*, vel *præteritum*, distinguatur à pollicitatione, quæ solius est offensus promissum l. 3. ff. de pollicitat. Hæc Pollicitatio ejus est naturæ, & indolis, ut nullam omnino obligationem producat, quamvis ex parte altera non intervenit acceptatio, quâ interveniente, in verum pactum transit, ita ut confurgat obligatio naturalis. Ante acceptionem autem nullam planè producit obligationem, ita ut poenitere, & pollicitationem promittenti liceat revocare l. 2. §. 6. Et l. 10. ff. de donat. ubi dicitur, licet in aliquem donationem contulerim, remque donatam per nuntium miserim, rei tamen dominium in donatarium non transire, si aut omnino non acceptionem decesserit P. Engel. ad Decret. de pact. n. 2.

*Limitatur I.* Si pollicitatio facta sit Ecclesiæ, pauperibus, vel pæe causæ; hæc enim statim obligat, licet nulla intervenierit acceptatio: quia censetur a DEO acceptata.

*Limitatur II.* Si pollicitatio facta sit Reipublicæ ex aliqua causâ, puta: ad reparandam incendio, ruinæ &c. enim statim obligat, cum censetur acceptata l. 1. §. ff. de pollicitat. l. 3. l. 6. §. m. l. 9. ff. Exd. Glotie tract. de pact. cap. 1. n. 2.

Dixi II. *In idem pactum*, subintellige, de dâto aliquo vel faciendo: non enim quilibet in idem pactum consensus est pactum; fac enim, quod duo, vel plures in eandem sententiam conspirent, hic datur duorum, vel plurium in idem pactum consensus, & tamen non datur pactum; ergo bene subintelligitur, de dando aliquo vel faciendo Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 6. tit. 3. lit. A.

10 Dixi III. *consensus*; quæ vox generis locum obtinet.

*Dividitur I.* pactum in *nudum* & *vestitum*. Nudum est, quod in nudis placiti finibus consistit. Schneid. hyst. hoc n. 6. Seu est, id, quod neque causam, neque etiam eam de jure firmitatem habet, ut actionem generare possit. Ut ecce: placuit inter nos liberos nostros permutare. Hæc conventio, antequam ab alterutra parte adimpleatur, dicitur nudum pactum; quia neque speciale nomen habet, puta, *emptionis*, *venditionis*, *donationis*, &c. neque causam, hoc est aliquid datum, vel factum certâ lege ut vicissim alter aliquid det vel faciat. Neque eam de jure, firmitatem habet, ut actionem generet, ait enim, quæ lex, quæ constitutio hanc ei firmitatem dederit? alii l. exemplum nudi pacti accipe: Ego tibi præsentis pecuniarum fortè indigo, absq; ulla quâ causâ, & nulla præcedente stipulatione, promissi dare pecunias meas, vel committere meum equum; ut, id tibi per quam gratiam fore respiciam. Hic in casu ista mea promissio ante rei intervntum nihil est, nisi nudum pactum, quod neque nomen, neque causam habet, neque actionem producit d. l. 7. §. 4.

Dixi: *nullâ stipulatione præcedente*: si enim stipulatio præcessisset, hoc est, si una pars interrogasset: *promittisne dare centum?* & altera respondisset: *promitto*. Tunc oriretur efficax actio, & obligatio, licet res actualiter non intervenisset, Zaeff. ff. de P. O. n. 4. Unde patet, quæ sit inter pactum nudum, & stipulationem differentia? Nam si ego alteri præsentis, & consentienti, aliquid interrogazione præcedente, ex locrativâ causâ aliquid promittam; oritur nudum pactum. Secus, si interrogatio præcesserit, & ego de super responderim, quæ promiseram; tunc enim non nudum

aut primum : sed stipulatio nascitur, per quam nudum pactum vestitur. *Schneid. Inst. h. t. de p. l. n. 13. Manz. l. st. de l. O. in p. n. n. 3.*

16 *Quæritur* I. An etiamnum hodie aliqua sit inter nudum pactum, & stipulationem differentia? R. Secundum consuetudinem fere totius Europæ quoad effectum inter nudum pactum & stipulationem nullam amplius observari differentiam; verum ex illo non minus, quam ex stipulatione, actionem produci. Quod, num veritate valeat? Ili noverint, qui inter quotidianos causatum itreptus in Foris, ac Tribunalibus fudant. Vide *Carp. p. 2. Cons. 19. de font. 17. n. 7. Brunen. l. 45. ff. de p. d. Wese. b. in parat. de p. l. n. 10.*

18 *Pactum vestitum* est, quod non in solius placiti finibus constituitur; sed vel transit in proprium per lezem nomen, vel habet causam, vel assistitiam legis, ut actionem producat. Hoc pactum nomine, magis, proprio, contractus appellari potest *P. Engel. n. 7. de p. d.*

23 *Quæritur* II. Quot, & quibus modis nudum pactum vestitur? R. variis modis vestiri. I. vestitur *legis assistentia*? quando nimirum, ipsa lex alicui negotio, quod alias nudum pactum est, eam firmitatem atque efficaciam accomodat, ut actionem producat. Sic vestitur, & firmatur. I. pactum donationis *l. 35. §. fin. Cod. de donat. §. 2. Inst. de p. d. II. pactum dotis *l. un. Col. de rei ux. ab.**

III. Pactum de constituto *§. 9. Inst. de ab. IV. Pactum hypothecæ *l. 4. ff. de pign. & plura alia, quæ recenset Clariss. D.D. Franz. loc. cit. n. 29. Schneid. n. 9. II. vestitur nudum pactum re, veluti in contractibus realibus, puta *mutuo, commodato, deposito pignore, &c.* licet enim centies ibi promittam, mutare centum, commodare meum equum, &c.**

nunquam tamen contrahatur mutuum, aut commodatum, nisi res interveniat. hoc est, nisi numerentur centum, aut tradatur equus. III. vestitur pactum rebus, ut in stipulatione *l. 14. Col. de p. d.* Nam si rebus absque prævia solennitate verborum (quæ in interrogatione alterius & congrua responsione alterius consistit) aliquid promittam, nudum pactum erit. Si vero interrogatio præcedat, & subsequatur responsio, v. g. si me ita interroget: *promitti ne dare centum?* & ego respondeam: *promitto.* Tunc producitur actio ex stipulata, prout *visit. l. 6. latius huc de re differentiam.* IV. vestitur pactum consensu, tametsi enim in omnibus pactis consensus intervenire debeat; sunt tamen certæ conventiones quæ solo consensu ita perficiuntur, ut statim actionem producant, licet res nondum interveniret, prout patet in *emptione, venditione, locatione, conlocatione, Mandato, & Societate*, de quibus suis locis. V. vestitur pactum per exarantiam cum contractu, si scilicet incontinenti adiciatur contrahebus *bonæ fidei*, v. g. si vendito tamen tibi de mun. meam, appositio istud pactum, ut liceat mihi adhuc per unius anni spatium in ea fructuare. *Schneid. n. 17. P. Engel. n. 8.* Huc usque de pactis: Sequitur de contractibus in genere.

Contractus n. variis variis, a paucis bene definitur. Placet, *quod sit causa, causa, speciale nomen habeat, v. l. in d. p. n. t. e, causam.* *Gessle tr. de p. d. cap. 2. §. 3. n. 7.*

Dixi I. *Conventio* quæ vox generis vicem sustinet, cum latior sit definitio, omnis enim contractus est conventio; at, versa rotâ, non omnis conventio est contractus; nam pactum nudum est conventio; non tamen contractus.

Dixi II. *Speciale nomen habere*, hoc est tale nomen, quod auditu conceptus non

Ita statim fertur in certum aliquod negotium, cui nomen illud à Jure est alligatum. Ut ecce: auditò nomine *mutui*, conceptus noster statim tendit in tale negotium; quo res fungibilis traditur cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Similiter, auditò nomine *emptioris*, *venditionis*, conceptus noster statim fertur in tale negotium, quo hoc agitur, ut fiat permutatio merces cum pretio.

**Dixi III. Vel eò deficiente, causam nomine autem causæ in præsentì materia nihil aliud intelligitur, quàm conventio.** nis impletio, ab alterutra paciscentium parte facta; sive (ut explicatus loquitur) nomine causæ nihil aliud denotatur, quàm *datus* & vel *factum*, quo conventio ab uno paciscentium eà intentione implatur, ut alter, ad vicissim quid præstandum, incipiat, efficaciter esse obligatus. Ut ecce: placuit inter nos, equos nostros permutare. Hoc in casu, antequàm tibi dem meum equum, vel tu mihi tuum, nuda est conventio, nudum est pactum pariens quidem utrinque obligationem, sed non executionem. At, quam primùm ego tibi meum equum dedi, vel tu mihi tuum, desinit ita conventio esse nuda, & illicò in contractum transit. Ratio, quia per impletionem, ex alterutra parte factam, causam acquirit, quam causam punit impletio unius, eà intentione facta, ut & alter conventionem impleat. *Glossæ loc. cit. n. 10. Clariss. D. D. Franz. n. 41.* & plures alii ab his allegati.

**15** *Drudius l. contractus, quòd aliis sit bonæ fidei, aliis stricti Juris.* Ubi

*Observa*, bonam fidem in Jure nostro beneficium accipi l. quatenus significat, quicquid à *dolo*, *fraude*, & *cui datur alienum* est, sicut bonæ fidei emptor dicitur, qui ignorans rem alienam emit l.

109 ff. de V. S. Hòc sensu bonæ fidei gestum dicitur omne illud, ubi absit dolus l. 68. ff. de contrah. empr. II Quatenus significat id, quod *ex jure & bonum* est, ac à *rigore Juris* alienum l. 81. ff. de positi. & in hoc sensu accipitur bonæ fides in hoc nostra divisione, h. e. pro justo, & æquo, ut sentus sit quòd contractus bonæ fidei illi dicantur, in quibus bonæ fides exuberare debet, ita, ut Judex in illis etiam de eo judicet, quòd inter partes conventum non est; modò tamen æquum sit, & bonum *arg. l. 31. §. in bona sit. ff. de U. r.* ubi habetur, quod in contractibus bonæ fidei à tempore mortis curant usure; licet in casum mortis de his nihil conventum; nihilque cogitatum sit. Tales autem contractus bonæ fidei dicuntur omnes, quorum actionem enumerantur in §. 28. *l. inf. de act. Scharf. n. 17.*

Contractus *stricti Juris* sunt, in quibus Juxta de his duntaxat judicat, de quibus nominatim, & diserte inter partes conventum est. Tales sunt *Mutuum, si pignus*, & omnes illi, quorum actiones in cit. §. 28. *l. inf. de act.* non enumerantur. Unde

*Collige*: præcipuum inter contractus bonæ fidei & stricti Juris, hanc esse *differentiam*, quòd in illis Juxta etiam de his judicet, de quibus nominatim actum non est; si modò æqui bonique ratio id suadeat. Contra verò in ceteris contractibus stricti Juris Judicis potestas ad rigorem conventionis ita adstricta sit, ut nequeas judicare: vel condemnare ultra id quod à partibus expressum est l. 99. ff. de V. O. Ut ecce: ego vendidi ubi fundum, nondum perceptum, sed pen. lentibus fructibus. Hoc in casu, licet nuda in contractu fructuum mentio facta sit, ii nihilominus tamen una cum ipso fundo censentur venditi l. 23. §. 10. ff. de *act. empr.*

*empt. vend.* Contra verò, si eundem secundum stipulanti tibi promiserim, fructus præstare non tenebor, utpote in contractu stipulationis nominatum, & expresse non promissum *l. 78. §. 1. ff. de F. O.* Pune utrum, quòd equum à iquem, benè ornatum, tui gratià obequitaverim, ac eum postea tibi vendiderim. Hoc casu licet nulla ornamentorum facta sit mentio eo tamen nihilominus tenebor præstare; utpote qui equum talem censeor vendidisse, qualem obequitavi *l. 38 ff. de adit. edit.* At verò si fingamus, me eundem equum tibi stipulanti promississe, hoc in casu (nisi expressè ornamentorum mentio facta sit) ea tibi præstare non tenebor *d. l. 99. ff. de F. O. Glæse loc. cit. cap. 3. §. 1. num. 10.*

18 *Secunda diff. rursus inter contractus bonæ fidei, & stricti Juris notatu digna est, quò in contractibus bonæ fidei usuræ incipiunt currere statim à die mortis commissæ l. 3 §. 1. Et l. 32 §. 2 ff. de usurp. Harp. l. ult. de i. §. 28. n. 18. Brunem. in d. l. 3 §. 1. Wesenb. in paratit. de Usur. n. 3. In contractibus verò stricti Juris usuræ a tempore mortis non debentur; cum verò expediat res est, in stricti Juris contractibus usuræ non debentur, nisi expresse in stipulationem deductæ fuerint *l. 3. Cod. de Usur. Glæse. de p. l. cap. 3 §. 1. n. 12. Brunem. in d. l. 3 Schneid. Inst. de i. §. 28. num. 34.**

Quæres IV. à quo ergo tempore in contractibus stricti Juris currant usuræ? Sunt qui autem, in contractibus stricti Juris neque à tempore litis contestatæ debent usuræ; nisi expresse per stipulationem fuerint promissæ. Ita Schneid. & O'rrile loc. cit. Hunn. ad Treu. l. vol. 2 d. p. 3. th. 3. Q. 14. Nach. ibid. de C. V. q. Quæst. Inst. lib. 3. cap. 36. num. 47. Moventur per l. 1. C. d.

de C. n. l. i. 1. in debiti, & l. 3. Cod. de us. quibus locis generaliter, & in ultimo sinecuræ usuræ in contractibus stricti Juris, qualis etiam est indubitum arg. §. 28. Inst. de ad. non debent aliter quam si expressè conventionione fuerint promissæ. Sunt & contra alii, qui utraque manu propugnant: in contractibus stricti Juris usuræ debent à tempore litis contestatæ. Ita Harp. §. 28. Inst. de ad. n. 18. Carpzov. part. 2. cons. 20. def. 17. Et lib. 4. Res. §. 6. Brun. in l. 35. ff. de Usur. ubi ut hanc sententiam judicando multoties observatam esse. Movetur præcipue per d. l. 35. ff. de usur. in his verbis. *litis contestatæ, usurae currunt.* Nec est, cur dicas. d. l. 35. de bonæ fidei contractibus intelligendam esse; si quidem paulò ante in l. 32. §. 2. eod. tit. aperte definitum est, usuræ in contractibus bonæ fidei à litis contestatæ tempore currere, ut proinde verisimile non sit, eandem quaestionem denuò movere, & in cur. l. 35. demum definire voluisse.

Mihi in hac rerum concertatione arripet posteriorum sententia docentium, à tempore litis contestatæ debent usuræ in contractibus stricti Juris; tum, quia textu sat clarò nititur; tum, quia eidem suffragari vi letur Consuetudo Austriaca. Teste Welter lib. 2. tit. 10. his verbis: *Wann der Schuldner i. e. Cum debitor creditori nullam promissit usuram, tunc, nihil eo nomine debetur, nisi ex quo veniat dies forte solvenda constituta (zahlteit).* Si autem dies vel prima, vel altera a die constituta elapsa, & tunc in mora fuerit solvens; tunc hic damnus ex mora solvendi, que injuria oritur, nec non usuras legittimas recessitas (§ pro 100) à tempore mora computandis præstat. Sed ut si à cretore nulla fuerit facta denuntiatio, nec ab eo debito sit monitus ut solvas



boc etiam in casu, cum di i interprete pro creditore, veniunt usque ad n. cumini a debitor prestanda e tempore n. d. c.

*Tertius differentia*, ut contractus bonæ fidei & stricti Juris est, quod contractus bonæ fidei ipso Jure nulli sint, si dolus iis causam dederit: contrā verò contractus stricti Juris, dolo malo initii valeant, & duntaxat producant exceptionem doli contra fraudatorem. *Scdm. loc. cit. num. 32.* Qua de re nos infra prolixius.

20 II. *Prædictus contractus in nominatos & innominatos.* Nominati sunt, qui speciale nomen habent, à lege sibi attributum, v. g. *Mutuum commodatum, depositum, pignus, stipulatio, locatio, conductio, emptio, venditio, Societas, mandatum* &c. Innominati dicuntur, qui non habent nomen proprium, habent tamen causam. l. 7 §. 2 ff. de pact. Hujusmodi sunt contractus *do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias.* Item *permutatio*, quæ, licet habent elegans nomen, quia tamen in genere comprehendit omnem contractum, per quem res cum re permutatur, dicitur innominatus, & sic speciali nomine caret. Schneid. Inst. bec. n. 11. Harp. Inst. hic. n. 20.

21 *Pignus, & principalis differentia* inter hos duos contractus est, quod in contractibus nominatis, re, etiam adhuc integra, non sit locus poenitentiae *l. 5. Cod. de O. & A.* ubi contractus dicuntur esse ab initio voluntati, ex post facto autem necessitates. Contra verò contractus innominati ejus sunt naturae, utque indolis, ut in iis, re adhuc integrâ poenitentiae locus sit *l. 5. ff. de conditi. caus. dat. caus. non fecit.* ita ut ille, qui ex sua parte contractum implevit, poenitere possit, & ab eo, qui necdum satisfecit, datum repetere, licet neque

in mora sit, nec in culpa. Imò, et si paratus sit ex sua quoque parte contractum implere, vel aliqui præparatio ad implendum fecerit, *Text. in l. 3. §. 2. Et 3. l. 5. §. 1. Et 2. ff. de cond. conf. dat. conf. non secus. Molina de J. Et J. disp. 258. num. 3.* Ratio, quia is, qui dicto modo dedit, non obligat se accipientem, sed tantùm hunc sibi obligat, ad vicissim quod dandum, vel faciendum; ergò potest ille, qui jam implevit contractum, jure suo cedere & nolle alterum, qui accipit, sibi obligatum esse: adeoque libere potuere. E contra si, qui necdum implevit contractum, sed tamen ab altero aliquid accipit, non licet potuere sed compelli potest Actione præscriptis. *verbs.* ad implendum contractum, vel si male is, qui aliquid dedit, *condictio, condictio danti, causa non servata*, ad restituendum, quod datum est. Ita *Clariss. D. P. Konig, ad decret. de pact. §. 3. n. 15. P. Engel, ibid. §. 3. n. 13. Clariss. D. D. Franz, Inst. h. t. n. 12. Esch lib. 11. cont. 8.*

Hoc tenus dictum est, quid & quotuplex sit contractus. Jam vero, cum frequenter contingat, contractibus immisceri *lites*, aut eos celebrari *metu*, Superest inquirere, quid in quovis casu sciendum? *Queres* V. An dolus contractus in se iure nullus reddat?

Ut fons in ista *Quæstione* accuratius re-22  
solvatur, referre (existimo) an dolus  
dederit causam contractui, an inci-  
dit in contractum? *Causam* verbò dare  
contractui dicitur dolus, quando quis,  
eò præfinito nullo modo fuisse contrac-  
tus. Sin autem aliuc fuisse contrac-  
tus, sed non eodem modo tum dicitur  
dolus *incidere in contractum*, v. g.  
vult quispiam emere vinum austriacum,  
& nullum aliud. Venditor decipit em-  
ptorem, dando Moravicum, & afferen-

do, esse Austriacum. Hoc in casu dolus dicitur, dare causam contractui, quia, praeterit dolo, non fuisset contracturus. Quod si emptor a thuc emisset Moravicum, sed non eodem pretio, quo Austriacum, tum sicut dolus incidit in contractum. Schamb § 30 *hij. de arb. Zief. ff. de dolo malo*. His praebatur, sequitur.

23 *Affectio I.* Dolus, dans causam contractui bonae fidei, facit contractum ipso jure nullum ex parte decepti. Ita resp. docent. *Vinn. lib. 1. sect. quag. cap. 12 Zosf. loc. cit. Gessle. pars. 1. quag. 29. Schamb. loc. cit. Carpz. pars. 2. conf. 34. desinit. 9 n. 3. Gul. lib. 2. obs. 2. n. 6.* Idque, in foro conscientiae etiam veniendum; tradunt. *Uvarr. in reg. possessor. part. 2 §. 6. n. 6. Molina de J. Et J. disp. 352 n. 4. Disfent. Clarif. D. D. Franz. Inst. b. 1. n. 85. Hasenold. tom. 3. de J. Et J. tr. 8. cap. 2. conf. 1. §. 3 min 85. Probatur nostra Affectio I. per l. Et erganter ff. de dolo malo ubi dicitur cautum est, nullum esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumscriptus, est. *Barum. ibid.**

*Secundo per l. 3. §. ult. ff. pro Socio*, ubi dicitur, Soc etatem, si dolo malo, auferantur causam, contra sic ipso jure nullus manens esse, ex ratione, ibi subiecta, quia contractus Societatis est bonae fidei, cui nihil est magis contrarium, quam fraus & dolus.

*De vi I.* Ubi addunt substantiam contractus, ibi non potest contractus esse ipso jure nullus; sed, licet dolus causam dederit contractui bonae fidei, a test tamen consensus, aliter cetera substantia, puta, *merx & pretium*, ergo contractus non est ipso jure nullus. *Et* Ad hoc argumentum neg. min dolus enim excludit consensum, ad valorem

omnis contractus essentialiter requisitum,

*Instans*: utique adest consensus in corpus; ergo vera est minor, videlicet adest consensus. *Et* In contractibus bonae fidei non sufficere, adest consensus in corpus, sed requiri consensum in causam siquidem is, qui contrahit, non absolute sed conditionate consentire, à lege praesumitur, puta, *si omnes circumstantiae, quae ad contrahendum impulerunt, à parte rei subsint*. Unde, si una ex circumstantiis allegatis deficiat, jam etiam deficere consensum, acque adeo contractum nullum esse, intelligitur, *Zosf. loc. cit. n. 14. aliter Glessle tract. de pact. op. ult. §. 2. n. 17.*

*Obijciat II.* Vis, & metus non reddunt contractum ipso jure nullum, prout infra dicemus ergo neque dolus. *Et concess. aut. neg. confeg.* Disparitas est, quod metus palam dolus autem clam interatur, & is, qui metu inductus consentit, eligendo inter duo mala minus. Contra, dolo circumventi, ut si aliqua voluntas; non tamen tam enixa est, & certa; quam illius, qui metu passus est, quia decipitur.

*Obijciat III.* ex contractus bonae fidei, cui dolus causam dedit, transfertur dominium *n. arg. l. 7 ff. de dolo malo*: ergo contractus talis non est ipso jure nullus, cum, quod de jure nullum est, nullum pro lucat effectum. *Et* Quod translatio dominii non arguat necessarium valorem causae praeviae, prout putet in solutione indebiti, ubi si quis, errore ductus, solvat, quod non debet transferri dominium; licet non subsistat causa, de jure valida & subsistens.

*Obijciat IV.* l. 5. *Cod. de rescind. vend.* ubi contractus, cui dolus causam dedit, rescinditur, ergo tenet, privatio enim supponit habitum. *Et* Venditionem

ibi

ibi rescindi de facto, prout in simili in l. 1. ff. de feriis. Sententia rescindi dicitur, quæ ipso jure nulla est.

Cæterum, dixi in Assert. I. ex parte decepti; nam, si deceptus, & dolo circumventus contractum servare velit, eundem etiam servare tenetur decipiens, cum ex hujus parte consensus sit absolutus, ut temere refragetur, si alter valorem contractus urgeat, deberet enim propriam turpitudinem in sui favorem allegare, qualem allegans non auditur, l. 30. Cod. de transact. & dolo nemini debet patrocinari, l. 2. ff. de except. doli.

24. **Assertio II.** Dolo, dans causam contractui stricti Juris, non reddit contractum ipso jure irritum, l. 5. Cod. de iust. signifi. ubi obligari, ac efficaci actione conveniri posse, dicitur, qui, dolo inductus promissis stipulanti; competit tamen decepto, si nondum impleverit contractum, exceptio doli mali, qua agentem ex contractu repellit, l. 5. Cod. d. t. ff. de V. O. Si verò contractum jam impleverit, & alia foris desint remedia, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium. *Glossæ tract. de pact. cap. ult. §. 2. n. 23.*

Sed an, quæ est ratio disparitatis, quòd dolo dans causam contractui bonæ fidei contractum reddat ipso jure nullum; secus contractum stricti Juris? En hæc est differentie ratio, quia in contractibus bonæ fidei consensus requiritur non tantum in corpus sed etiam in causam, utpote in quibus exuberare debet bona fides. In contractibus verò stricti Juris sufficit, adesse consensum in corpus utpote qui recipiunt strictissimam interpretationem, & in his non veniunt nisi ea, quæ exigi stricta contractus natura, ad quam sufficit, adesse consensum in corpus, Ita subtiliter discorsit.

*Zueg. loc. cit.*

**Assertio III.** Dolo, insidens in contractum, seu bonæ fidei, seu stricti Juris, non annullat quidem contractum, datur tamen decepto actio ex eodem contractu, ut damnum refarciatur, atque illud, in quo damnificatus est, suppleatur l. 9. prim. ff. de dolo malo ff. l. 1. §. 4. ff. de act. empt. vend. Ita communiter omnes.

**Quæstio VI.** An metus contractum reddat ipso jure nullum?

Priusquam resolvatur ista Quæstio, notandum venit, quid? & quotuplex sit metus? Ita.ue

Metus describitur, quòd sit præsentis, vel imminuentis periculi; vel mali causæ, minus expeditio. Hic vel provenit à causa necessario, vel à causa libera. A causa necessaria dicitur provenire, si incutatur à morbo, periculo naufragii, aut alio simili principio naturali. A libera, si inferatur ab homine. Metus, à causa libera proveniens, dividitur in gratum, & levem. Uterque iterum vel est iustus, vel injustus, prout diximus lib. 1. tit. 10. n. 95. quò brevitas causa remissus esto.

**Assertio I.** Metus, procedens à causa necessaria, contractum non reddit irritum, neque irritabilem cap. siens. de regul. Ratio, quia injuriam non patitur, qui metum, à causa naturali incusum sustinet. Qua fronte enim, quo colore animi quis Aeolo, aut Neptune succentat; vel eos improbos, & injustos arguat; si, concitata, horrida tempestate, quam coegerint, ut Jovillaret? Accedit, quòd vota etiam & juramenta, ac ceteræ promissiones, in gravi tempestate aut inermittate ex timore motus facta, irrefcindibiliter valeant, ergo etiam valebit contractus. *Glossæ tract. de pact. cap. ult. §. 1. n. 8.*

*Assertio*

*Affertio II.* Metus, a causâ libera sed iuste incussus, itemdem nullum contractum facit irritum aut irritabilem. Ratio; quia contractuum, metu inortum, infirmitas aut rescindibilitas unice desumitur ab iniuria, per metum illatâ; sed, quando quis ipse metui causam præbuit, non censetur, ejus illatione injuriam pati. *Confir. ex l. 21. ff. quod. met. caus.* ubi dicitur, quod mulier, quæ, contra patrum suum ingrata, aliquid promissit, ne in servitutem redigeretur, edictò non juvetur, quia, hunc metum sibi ipsi intulisse, creditur.

28. *Affertio III.* Metus, à causâ libera injulè incussus, sed levis, iterum contractum non reddit irritum aut irritabilem. Non irritum, quia metus levis, à homine constante spernendus est, & non meretur favorem Juris, qui metu levi frangitur; sed dignum se constant, ut alicuius hominis tumultetur. Non irritabilem quia restitutus ex edicto, quod *metus causâ*, non ob quemlibet metum, sed emittuntur, qui est majoris nullo, & in vitium constantem cadit, conceditur, l. 5. l. 6. l. 7. ff. quod met. caus. *Zoe. ff. eod. n. 25. Curiss. D. D. Prana. h. l. n. 84.*

*Affertio IV.* Metus gravis, ad extorquendum contractum ab ipsomet contrahente injulè, incussus, non reddit contractum ipso Jure nullum, sed duntaxat irritabilem. Ita *Gress. e loc. cit. m. 32. Mauz. Inst. de ad. §. 25 n. 7. Zoef. loc. cit.* & plures ab his allegati. *Probat. ex l. ult. Cod. de his, qui vi, &c.*

ubi dicitur, quod venditiones, donationes, transactiones, per vim extortas, debeant infirmari, ergo ipso Jure tenent, quod enim ipso Jure nullum est, non dicitur infirmari. *Confirmatur* per §. 1. *Inst. de except.* ubi, qui, metu coactus, promissit, Jure civili obligatur, eoquod coacta voluntas etiam sit voluntas, arg. l. 21 § pen. ff. quod unt. causâ. Is enim, qui vi, metuque cogitur, hinc ipso consent, dum inter duo mala minus eligit, & mavult contrahere, quàm malum intentatum pati.

Ceterum, sunt certis actus, qui metu iniuri, si ne ipso Jure nulli, ut est

I. Matrimonium cap. 13. sè de Sponsa. in hoc enim plenissima desideratur libertas, siquidem matrimonii coacta difficiles solent habere exitus. II. promissio dotis, metu facta, l. 21. §. 3. ff. quod met. caus. quod, ob favorem dotis, utpote speciale, receptum esse, docet *Z. es. loc. cit. n. 10.* III. Votum, ad quod emittendum quis metu inducitur est cap. 2 sè de his qui vi metusve causâ IV. Absolutionis beneficium à sententia excommunicationis, vel alterius censuræ cap. 3. m. 6. V. Timoris auctoritas, metu extorta, l. 1 ff. de anth. tit. VI. Jurisdictionis prorogatio, in aliquem facta per metum, l. 2 ff. de Jud. *Zoe. loc. cit. n. 24.*

Porro, baptisimus, confirmatio, & suscriptio or dum, et, etiam maxime metus in causam dederit, tenent, nec rescindi possunt, cap. 3 § item sè de baptisum. Ratio, quia indebilem characterem ponunt.

## QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

## S U M M A R I A .

- 1 Ponitur comexio.
- 2 Quæ sit etymologia mutui ?
- 3 Desinitur mutuum.
- 4 Quænam res dicantur fungibiles ?
- 5 Oves, & Bores non constituunt ob-  
jectum mutui.
- 6 Mutuum quomodo differat à commo-  
dato, deposito, pignore ?
- 7 Genus & speciem aliter Jurista su-  
munt : quam Ph. lo sophi.
- 8 Si res in eodem genere non est acquisi-  
tus, sufficit præparari æmulationem.
- 9 An dicatur, mutuum contrahi, si de-  
tur species, ut pecunia, exinde re-  
dacta, debeatur mutua ?
- 10 Ad mutuum sufficit etiam scilicet tra-  
dere.
- 11 Pactum, quod conventum est, ut reci-  
piens decem, restituat undecim,  
non valet.
- 12 Usura usurarium de Jure suis probi-  
bita.
- 13 Interesse realiter præstitum, in sortem  
redigi potest.
- 14 Quid Juris, si usura non miscantur  
sorti, sed super illis, speculis obliga-  
tio conscribatur, & usura si tunc  
brevis maneat in stipulationem dedu-  
cantur ?
- 15 An pecunia credita in eadem moneta  
restitui debeat ?
- 16 Quid Juris, si mutuo moneta facta  
fuert ? & quotuplex sit mutuo ?
- 17 An civitas, & quando obligetur ex  
mutuo ?
- 18 Filii similes non obligentur ex mutuo  
neque in conscientia.
- 19 Indebitum quid sit ?
- 20 Et quotuplex ?
- 21 22 23 24 25 & 26 Quando de-  
tur indebitum repetitio ?
- 27 Quid sit commodatum ?
- 28 Quando differat à mutuo ?
- 29 Ex commodato nascitur duplex actio,  
directa, & contraria.
- 30 An commodans commodatum ante  
tempus vero arre possit, si ex inopi-  
nato gravi sit inter damnum ?
- 31 Qualem culpam præstat commodata-  
rius ?
- 32 Depositum quid ?
- 33 Nascitur exinde duplex actio, directa  
et contraria.
- 34 Qualem culpam præstat depositarius ?
- 35 An depositarius re depositam veli possit ?
- 36 Quid si pecunia deposita fuerit ?
- 37 An depositarius in periculo incendii,  
naris, aquæ teneatur res depositas præ-  
stare salvo-re ?
- 38 Quid sit sequestratio ?
- 39 Et quotuplex ?
- 40 Quid sit pignus ?
- 41 Res amena non potest oppignerari.
- 42 Ex pignore nascitur duplex actio.
- 43 An actio pignori amena detur contra ter-  
tium possidentem ?
- 44 Creditor fructus preceptos tenetur im-  
p. tate in sortem.
- 45 Ad qualem culpam teneatur creditor ?
- 46 Creditor probare debet, absque sua  
culpa rem pignori datam, amissam  
esse.
- 47 Quid sit pactum antichrèseos ?
- 48 De Jure canonico reprobatum tanquam  
usurarium.
- 49 Quid sit pactum commissorium.

CONNE-

**D**ixi Imperator in §. ult. *preced. s. i.* obligaciones, quæ ex contractu oriuntur; ut *re*, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *compenſu* contrahu. Descendit modo ad singularem specierum declarationem, & primò statim locò declarat contractus, qui re inveniunt, quos enumerat: puta: *mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus*. Qui contractus ideo reales appellantur, quia ad eorum perfectum ne ures interveniendus desideratur. Ita, ut, re non interveniente, nulla pœſta, nullæ conventiones ſint. Unde licet milles tecum conveniam, quod velim tibi pecuniam mutuum dare, vel meum equum commodare, vel catenam auream apud te deponere: ex tali tamen conventionione neque mutui, neque commodati, neque depositi obligatio prius contrahitur, quam rei traditio interveniat. *Marez. Schneid. Et Wegemb. hic.*

AD PRINCIPIMUM.

- 2 **Primus** contractus, qui re inſiur, eſt *mutuum*, circa cujus ethymon variè non fuerit mutui, vehemens inter ſe agitari diſſidio, non à mutatione; num exinde, quod ex meo tuum fiat, ſtatuerenda foret mutui originaio? Mihi placet illa mutui ethymologia, quod ex meo tuum fiat, ita, ut, vice verſà, ex tuo rurius fiat meum, in reſciſcit ejusdem generis. 2. ff. de R. C. Harp. *luſt. hic. n. 5. Et 6. Hann. var. reſol. lib. 3. traſſ. 3. p. 1. q. 1.*
- 3 **Deſignatur** mutuum, quod ſit *contractus re inſiur, nominatus, Et ſtriſti Juris*, quod res *fungibilis ea lege datur, ut non in ipſa* (hoc eſt individuo) *ſed in genere red datur ejusdem qualitatis, Et bonitatis.* Clingenſp. q. 3. h. t. Harp. n. 7 Hæ:

ipſa deſinitio, uſpoſe ex magnorum virorum inſequata deſinitionibus, ut reddatur luculentior, juvat accuſatam ejuſdem an lyſin poſuiſſe.

**Dixi I. Contractus** et, quæ vox locò genericus ponitur; mutuum enim contractum eſſe, neminem qui neget, idque probant text. in §. 2. *luſt. de J. N. G. Et C. §. ult. luſt. ob. 2. p. ſuſci. l. 1. §. 1. Et 2. ff. de O. Et A.*

**Dixi II. Re mutui**, quia (ut paulò ante dictum eſt) ad ſui perfectionem requirit rei interventum, ita, ut à traditione rei totam ſuam ſubſtantiam capiat, l. 1. §. 2. ff. de O. Et A. l. 2. §. 3. ff. de R. C. Harp. n. 10. *Luſt. d. l. n. 8.*

**Dixi III. Nominatus**, quoniam ſpecificale nomen & quidam elegantiffimum, atque nullis alijs contractibus communicabile, Jure civiſi proutum, habet, l. 2. ff. d. l.

**Dixi IV. Striſti Juris**, arg. §. 28. *luſt. de n. l.* ubi dicitur, omnes contractus, ibi non enumeratos, eſſe ſtriſti Juris; atque mutuum non enumeratur, ergo eſt contractus ſtriſti Juris.

**Dixi V. Quod res fungibilis**, id eſt 4 talis quæ *pondere, numero, & Meſura* conſtat; quod tamen ita accipiendum non eſt, quaſi mutui datio conſiſtat in omnibus illis rebus, quæ numerum, pondus, vel meſuram habent; hoc enim ſenſu omnes, ac ſingulæ res mutuo dari poſſent; ſiquidem nihil in rerum natura eſt repetibile, quod numerum, pondus, vel meſuram non habeat, & etiam equi, muli, domus, fundi, &c. numerari poſſunt. Vgrium, ex ſolamum res numero, pondere, & meſura conſtare dicuntur, quæ ita in genere ſuo functionem viciffitudinariam recipiunt, & una alterius vice ita fungitur; ut, re ejusdem generis ſoluta, idem, quod credum eſt, quoad

bonitatem, & qualitatem secundum moralem hominum æstimationem redditum esse videatur. Ejusmodi res fungibiles sunt v. g. vinum, oleum, frumentum, argentum infictum, & ærium, pecunia signata. Vinum Mensurâ, argentum infictum pondere, pecunia signata numero constare dicitur, quoniam æstimationis vini, eodem locò, & annò nam, ex sola mensura pendet; argenti inficti valorem solum pondus indicat, pecunie signatæ summam solus numerus conficit. Unde, si tibi mutuum dem decem pondera argenti, licet mihi non hæc ipsa pondera in specie, seu individuo restitui, sed alia pondera ejusdem bonitatis, & qualitatis, censens in morali hominum æstimatione idem habere, quod dedi; similiter discurrendum de vino, & pecunia signata. *Clariff. D. D. Woller tract. de Mutuo. cap. 1. n. 43.*

Ex dictis sub sponte fuit in aliis rebus, (peris, fundis, edibus, libris, vestibus,) mutuum non contrahi; licet enim etiam istæ res numerari, vel appendi, vel mensurari possint, quia tamen in genere suo vicissitudinariam functionem non recipiunt, hoc est, altera alienius vice non ita fungitur, ut re, ejusdem generis solvâ, quæ creditori satisfiat, ac si res ipsa, quæ mutuum data fuit, statim ipsi reddita esset, ideo obiectum mutui non constituunt; enimverò, ejusmodi res totaliter diversas esse, videntur; forte quia fundus unus suis præstantior, ædes arte & symetrâ pulchrior, libri typò ornatiore, vestes arte, & formâ nobiliores sunt, ita, ut si prius fundus, alie ædes, alii libri, alie vestes redderentur, non idem, quod mutuum datum redditum esse intelligeretur. Solide *Clariff. D. D. Woller loc. cit. sup. 3. n. 51.*

Ex eodem fonte, pronò velut aliud, fuit, Oves & Boves in mutuum dari non posse, ita, ut si mihi gregem boum, & ovium dares, ut totidem tibi reddam, mutuum non constituatur. Ratio: quia vix credibile est, oves tantam habere invicem similitudinem, ut una ab altera neque formâ, neque magnitudine, neque pondere, neque qualitate, aut bonitate differat. Et quantum aliquando in duobus individuis æqualitas reperitur (v. g. in duobus equis) merè per accidenti & singulare est, ad quod non reflectendum. *l. 5. ff. de l. Haum ad Treut. vol. 1. diff. 18. Q. 8. Maur. n. 9. hoc Hammold. de J. & J. tract. 9. n. 313. Clariff. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 38.*

Dixi VI. *Et lege datur*, quibus verbis differt mutuum à commodato, deposito pignore in quibus res nostras ita alius tradimus, non ut accipientium fiant, & dominium transferatur, sed, ut de iis usum, custodiam, vel securitatem crediti habeant. In mutuo verò res ita datur accipienti, ut is rei, mutuum datæ, dominium transferre, & dare quippe est, dominium transferre, *§. 14. Inst. de acq. Unde oportet, mutuum dantem, esse dominum rei mutui datæ, aliis enim transerre dominium non posset: quia, quod quis non habet, alteri dare non potest. Unde mutuum non contrahitur, si pecuniam alienam alteri dederò, l. 12. §. fin. ff. l. 13. ff. de R. C. Manz. n. 6. consumptione tamen, boni fide facti, mutuum reconvalet. l. 13. Brunnem. ibid. Clariff. D. D. Woller tract. de Mut. cap. 1. n. 83. Chlengeri Q. 7. h. t.*

Dixi VII. *Ut non in specie sed in genere reddatur.* Ubi observa, quod Jurisperiti genus, & speciem aliter sumunt, quam Philosophi enim verò, quod Philosophi nominant speciem, Juristi genus appellant, & quod Philo-

sophi

Sophi individuum nuncupant, Juristæ dominium speciem. Schamb. luc. Clariff. D. D. Woller. cap. 1. num. 54. Itaque, non in specie, sed in genere mutuum reddatur, necesse est. Ratio, quia idem aliquis mutuum accipit, ut in usus suos impendat; sed, si rem mutui accepit, in specie deberet restituere, et uti non posse, quia fungibilium usus consistit in abusu. & earum non est utilitas, nisi in consumptione. Deinde, si res mutui data, in specie reddenda esset, tunc negotium hoc in speciem alterius contractus incideret, puta, commodati, depositi, vel precarii. Manz. n. 13.

Denique in eodem genere, res mutui data reddatur, necesse est, id est triticum pro tritico, vinum pro vino, res pro aere, plumbum pro plumbo, &c. nam, si conveniatur, ut res diversi generis restituatur; puta, vinum pro tritico, equus pro oleo, frumentum pro pecunia, ex tali negotio oriretur vel permutatio, vel contractus innominatus, do ut des, l. fin. ff. præscript. verb. Harp. n. 17. Myusung. n. 6.

Dixi VIII. Eiusdem qualitatis, & bonitatis, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2. §. 1 ff. de R. C. Unde vinum novum pro veteri, avena pro tritico non rectè redditur, l. 3. ff. eod. Manz. num. 15.

8 Nisi forte res credita in eodem genere non esset reperibilis, aut difficulter acquilabilis, hoc enim casu debitor, solvendo estimationem, liberaretur. Nov. 4. cap. 3. aush. hoc: nisi Cod. de solut. l. 22. ff. de R. C. Haumold. tract. 9 cap. 3. cont. 7. n. 341. Præsumitur in d. l. 2. §. 1. n. 19. Concord. l. 1. d. 1. ter. lib. 2. obs. 69. per tot. Walter de jure conjunct. ub. 2. tit. 17. Von Solutionen, Bezahll. und Abrechnungen d. d. r. Schulden. Fern. desgleichen. Illis verbis: Gleicher Wesse &c. i. e. Ex

eodem ratione non potest debitor creditori corpus aliud pro alio in solum dare; veluti agrum pro prato, vas argentum pro pecude. Cum autem debitor corpus ipsum, quod tradendum esset, penes se non habet: idque cura ejus negligentiam perit; tunc creditori incumbit ex bonis debitoris aliquid accipere ejusdem pretii: ita tamen ut ejus penes creditorem, non vero debitorem sit.

Ex hiis tenus dictis facile colligere est, quæ sint requisita mutui? enimvero Requiritur 1 ut res sit fungibilis Ubi

Quæritur 1 An possit dici, mutuum contrahi, dando speciem, ut ex ejus distractione procedens pecunia habeatur mutua

Dixeris, quod non, l. per 1 qui negotia.

34. ff. mandati. his verbis. His argumentum esse, cum, qui cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, minio magis pecuniam creditam rectè petiturum. Sane, si pecuniam statim petere potest, certe non est mutua, quia, ut fiat mutua, debet in dominium alterius transferri & non in specie repeti.

II. Mutuum ex eo dicitur, ut ex reo tuum fiat: ergo cum pecunia, ex lance redacta, non fuerit adhuc mutantis; non erit mutua.

Verùm tenendum est, in præfato casu mutuum contrahi. Ita Coef. de R. C. n. 9. Huon. var. resol. bb. 3. tract. 3. Q. 5. Clariff. D. D. Woller. loc. cit. cap. 3. n. 36. Harp. n. 90. Nittur hæc Sententia expresso textu l. rogisti 1. ff. de R. C. ubi habetur iste casus: Rogisti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, ut eam venderes, & numerus utereris; si vendideris, puto, ait Ictus, mutuum pecuniam factam. Quid, ait, illustrius? quid plinius? Juris-Consultus, non ipsam lancem, dixit mutuum fieri, sed pecuniam ex lance venditam redactam.



Ad I. *§. d. l. 34.* loqui de *ficta* Juris ratione, secundum quam pecunia, ex argento, vel lance redacta, non potest dici mutua ficta. Tum quod mutuum *re*, id est *numerus* fieri debet, & non *muda* *conventio* contrahatur; tum quod si mutua natura non conveniat, ut pecunia, quæ si aliquam fuit mea, mutua fiat, cum in utrum natura sit, ut de meo num fiat, alteri autem / *rogasti* 11. intelligenda sit de argute, & singulari benignitate Juris, quod singula pecuniam, ex re vendita redactam, pervenisse brevi manu quasi traditam ad donum lance, ac tandem illico ab ipso recepisse Ita *Zof. §. Salamb. alter H. p. u. 9*

Ad II. ex dictis patet solutio. Jura enim hoc casu fugiunt, quod creditur brevi manu pecuniam acceperit, & deinde debitori, tanquam mutuum, dedit.

*Quæst. II. Quid Juris in hoc casu?* *Rogasti* me, ut tibi pecuniam darem mutuas. Ego cum paratas pecunias non haberem dedi tibi chirographum, quo Titus, se meum debitorem esse, confectus est, ut exigere ab eum, exacti pecuniâ utaris, proinde si tibi tantummodo restituit. Tu pecuniam, ob ejus fortè inopiam, obtinere non potuisti; *queritur*, an teneatur mihi pecuniamolvere loco illius chirographi? an ego, chirographum recipere teneam? R. me teneam ad recipiendum chirographum, qui ante veram enumerationem pecuniarum, a Titio mihi debita, non contrahitur mutuum. Siquidem etiam in fictis traditionibus requiritur, ut creditor per fictam manum accipiat pecuniam. Accedit, quod in *ca. l. Rogasti*, non dicatur, lanceam fuisse fictam mutuum, sed pecuniam, exinde revocant, *ergo* & hoc in casu decedendum, non chirographum, si sine mutuum factum, sed pecu-

niam, ex eo redactam. Ita judicatum fuisse in facultate Juridica Lipsiensis, Titus est *Clariff. D. D. Waller cap. 3. n. 99.* Idem tenet *Carpz. Part. 2. Decif. 129.* *Bruni, in d. l. rogasti. §. l. 1. §. ff. de R. C.* ubi ait, idem tenendum, si uxor marito *mutua* in dedit, & maritus pecuniam, ob inopiam debitoris obtinere non valet. Quem casum, utpote *quoddam*, diligenter nota.

II. Ad mutuum requiritur *co. s. s. s.* mutuantis, & mutuatarii, & quatenus in translationem domini: natura enim mutui est, ut ex meo tuum fiat. *Zof. §. de R. C. n. 12.*

Unde sunt, si ego, quasi deponent pecuniam tibi dederim, tu, quasi mutuatam accipias, aut vice versa. Item, si tu pecuniam quasi mutuum dederis ego, quasi commodatum, consentiendi causa acceperim, contractum mutui non celebrari. Contractus enim *depositi*, & *commodati* non sunt translati domini. *l. 1. §. ff. de positi. l. 1. §. 1. §. l. 1. 10. ff. commodati. Clariff. D. D. Waller. cap. 4. n. 19. §. 20.*

III. Desideratur ad mutuum traditio, et eaque vel *vera*, vel *ficta*. Vera intervenire dicitur, quando quis verè, & realiter rem alteri mutuum dat; prout, si quis physicè enumeratione pecunias alteri tradit. Ficta vero traditio intervenit, quando res, quæ creditur, fictione tamen Juris pro tradita habetur; prout contingit, I. si Titio, mutuum roganti, catenam auream vendendam, ut pecuniam, inde redactam, sibi mutuum habeat, *d. l. rogasti, 11. ff. de R. C.* II. si pecuniam meam, apud te deposuero, & postea tibi roganti perimero, ut ei utaris ex causa mutui, *l. 9. §. si ff. ad. III.* si tibi, roganti mutuum, debitorem meum, pecuniam mihi debitam, dare jussero. Vel, si inter nos conven-

rit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debebam, crediti nomine, teneas, l. 19. ff. *rod* Nec obstat l. 34. ff. *mandati*, quæ d. l. 15. diametraliter refragari videtur; enimvero illa de *probo* Jure, altera vero l. 15. de *vincitate* Jurs intelligenda est. *Zanf. ff. de R. C. n. 11.*

II IV. Requiritur, ut tantundem restituatur, hoc est nec *minus*, nec *plus*, quàm mutuo acceptum esse creditor enim ultra creditum, & ortem principalem ex vi mutui & debito iustitiae nihil petere, aut ullum lucrum accipere potest, ita, ut pactum aliud, quo convensum est, ut recipient decem florenos mutui, restituat undecim, non valet, & non nisi decem exigi possint l. 11 §. 1. ff. de *R. C.* Ratio, quia in mutui re contrahuntur, re autem non contrahitur obligatio ultra id, quod datum est, l. 17. ff. de *probo*, l. 9. Cod. de *non numerat pecuni.* & pactum contrahitur stricti Jurs adjectum eidem, juxta communem D. D. scriptum, non valet *Zanf. ff. de pact. n. 13.*

*Amplius*, ut, quod ultra sortem numeratam promissum est, neque tanquam *usura*, quæ de Jure illicitæ sunt, & improbit, l. 20. Cod. *quib. ex caus. usura. irrogatur*, neque Jure donationis, utpote quæ in dubio non præsumitur, peti possit, *Huen. ad Yent. vol. 1. dist. 18. q. 12. Et 13. clariss. D. D. Franz. iust. l. 36.*

Quæ procedunt de rigore Jurs communis; aliud obtinet de consuetudine sortis totius *Europæ*, & principaliter *Austriæ*, secundum quam quinquaginta vel sex floreni pro singulis centenis licitè recipiuntur Ita docet, & comprobant *Neue Norder Oeyerscheiblich-Execution-Ordnung* Tit. 10 §. 3. ibi: *der auf 5. oder mehrten 6. pro cento zugelaßene Zinseszins habet* &c. Qui vero 7. 8. 10.

vel 12. pro 100. recipiunt, non jacturâ sortis duntaxat, sed potius etiam capitali puniuntur. *Neue Norder-Oeyerscheiblich-Execution-Ordnung* d. Tit. 10. ibi: *der Zins, &c. l. c.* Interceptor non modo p. ratione sortis creditæ, verum etiam p. ratione e in quod interest, ne, non immutata, in corpus bonique, pro ratione doli & sine ratione, p. omnia doli & sine ratione doli, qua in re iudex etiam ex officio agere debet. Quo in passu illud quoque singulariter notandum duxi, quod de Jure Austriaco ex instrumento obligationis aliquis conveyiri nequeat; nisi causa debendi Instrumento obligationis expressè inserta fuerit. *D N Execution-Ordnung* l. 5. ibi: *als setzen*, &c. l. e. Voluntas & statuitur, ut in communibus in posterum instrumentis credenda debendique vera causa obligationis contrahitis exprimitur. Ac cum ea non ex nominata pecunia, verum ex aliis rebus diti & crediti erit, tunc earum verum genus & quantitas, ut & pretium, quo ea data fuerint, erant exprimenda. Hi autem in instrumentis crediti definitibus, nulla propter id executio judicialis prius impetrabitur, quam in de rebus sententia causæ, & in lata fuerit.

Præterea de Jure Austriaco non minus receptum, quàm Jure communis comprobatum est, quod debitore, in mora existente, surse a tempore præfixæ solutionis conicisci possunt, eo quod dies interpellat pro homine, l. *magnum* 12. Cod. de *trab. Et* committend. *Supplet. Sadding. in Manu Script. tit. 1. Vers. Interesse*, illis verbis: *dass nemlichen das Interesse von zeit des aufgesetzten Zuhlung-Termin anfangen zu lauffen*; id est, quod dies interpellat pro homine; & *erkennt worden*, in causa &c.

Quod si verò quis adsponderit, se quàm pridem soluturum, & usurarum nulla facta fuerit obligatio, usure non debent

debentur, nisi à tempore litis. *Sitting. loc. ibi.* Wann sich einer, ein Capital aus theiltem zu bezahlen, verspricht, & es ihm gleichwohl ebender keine Interessen als tempore litis gehören. *Concord Corpz. in Re' poss. lib. 4. c. 1. sp. 56.* Wo keine Interessen vor sich eben auch kein Terminus solutivus für gesetzt, ist man, das Interesse allen von Zeit der Klag zu bezahlen, schuldig.

Ex dictis habes, quid Juris? & Prae-  
xeos sit circa Usuras? jam

*Quaerit III.* Quid Juris in Usuris Usuratum? v. g. quaeritur: an Creditori Interesse alterius Interesse exigere, concessum sit? Ut ecce: Titius debet Cajō in capitali 1000. fl. & in singulis annos loco interesse, 5. pro centum. Jam Titius per quatuor annos Interesse, quod ad 200 fl. excurrit, non solvit. Quaestio est, an Cajō concessum sit, non duntaxat istos ducentos florenos, sed & de his 5. pro centum Interesse exigere.

22. *U.* Usuras usurarum de jure adeo esse prohibitas; ut id nemo, nisi infans, nesciat. Ita enim disertè cautum est in l. 28. *Cod. de Usur.* his verbis: *quapropter hac apertissima lege definimus, nullò modò licere cuicumque usuras praeterit temporis vel futuri in sortem redigere, & eorum iterum usuras stipulari.* Et hoc modus, quoties usura, sive conjuncta, alias usuras parit, vulgo *Anatocismus* appellatur, in tantum prohibitus, ut, licet usurae usurarum promissae fuerint haud tamen debeantur, quin & solutae condictione indebiti pure repetantur, l. si non sortem ff. de usur. *Corpz. part. 2. consil. 30. def. 29. n. 3.* *Fensterwald. lib. 2. obs. 14. n. 2.* *Wesemb. consil. 72. n. 6.* Et *summi Berlich part. 2. consil. 38. n. 33.* *Et Menoch. de Arbit. lib. 2. Cent. 2. cas. 219. num. 17.* *Et* segg. *discrepantiam sta-*

uant inter usuras usurarum, & interesse alterius interesse, ita, ut, usuras usurarum prohibitas esse auctoret, interesse vero alterius interesse exigi posse, censent; explosa tamen dudum est plenè iniquitatis eorum sententia, ac prout constanter tenendum, nec usuras usurarum, nec interesse alterius interesse licet exigi posse, ex ratione, quod interesse non minus sint accessiones ac ipsae usurae, l. 1. §. *bellissimi ff. ut legat. caus. caus.* accessionis autem accessio nunquam praestanda, & accedens accidentis non detur, arg. l. 1. ff. de usufr. *legat. Corpz. loc. cit.*

*Concord. Jur. Austr. per General. Orf. de anno 1659. ibi: Jedoch wollen wir hiedurch anstatt so wenig, als zuvor, die Interessen zu Capitalen zu machen zugelassen haben.* Vide *Cod. Austr. lib. IV. vers. Wucherlichen Contrahenten.*

Sane, interesse solum, & realiter; praestatum quin in sortem redigere liceat, dubitandum non videtur, eo quod nova fors confirmatur, neque interesse alterius interesse, ob dominum, in creditorem seruet translatum, amplius dici possit, l. si re mandata ff. mandati. *Zoes. ff. de usur. n. 27.* *Fensterwald. lib. 2. obs. 14. n. 9.*

*Quaerit IV.* Quid? si usura non misceatur sorti, sed super illis specialis obligatio confecta, inque ea, usura ex ea pecunia, quae antea usura erat, fictione brevis manet, fuerint in stipulationem deductae?

Sunt, qui, hoc licere, existimant. Ratio videtur esse ista, quia nihil interesse videtur, utrum creditor usuras realiter, & verè traditione acceptas, solum iterum mutuo det; an verò debitor, ut mutuo fictione brevis manet acceptum, recognoscat: sicuti ergo usuras, realiter praestitas, creditor debet

DEBITUM

mutuos rectè dat, & in novam sortem reducit, ita quoque videtur concessum esse, ut usuras fictione brevis manus in novam sortem redigat.

Verùm, tametsi hanc sententiam, *Cobmann. Conf.* 18. n. 218. *Berlich. Diss.* 268. n. 8. suo dignentur assensu; contraria tamen longè verisimilior, & in conscientia videtur esse tutior. Tum quia debitor facilis stipulatur usuras usurarum, & fictione brevis manus mutuo acceptas, constituitur; quam veterem realiter solvit, Tum, quia *l. 1. 28. Cod. de usur.* generaliter *Anatocismum* prohibet, & per *Generale Casarion de Ann.* 1659. indistincte prohibetur, ne usurae redigantur in sortem. *Accedit*, quòd hæc ipsa via paratissima foret, ad mergendos miseros debitores, qui inopia, & necessitate pressi, nescio quid, brevi manu acceptum, constituerent. Sed, O tempora! O mores! plurima circa materiam usurarum disputantur, & sanctiuntur, paucissima verò observantur, & quos, insensibilissimos earum hostes esse, oporteret, spe infamis lucri allectos, intimos amicos experimur. Sunt, qui misere deplumant, extenterant, trucidantque infelices debitores, nunquam desinunt, ut jure liceat exclamare: *Germaniam immensâ fenore exhauriri.*

Quanto ad mutuum requiritur, ut restituatur in eodem genere, ejusdem bonitatis, & qualitatis, v. g. vinum pro vino, triticum pro tritico, pecunia pro pecunia. *Wesemb. mem.* 6. *Manz.* n. 14.

15. *Quæst. V.* An pecunia credita in eadem moneta, & eadem materia restitui debeat? v. g. *quæritur*, an, si alicui credita esset certa pecunie summa in moneta aurea (v. g. in *Duppelen*) possit in moneta argentea (v. g. in *Thalercu*) restitui?

*Dixeris* prima fronte, mutuum in eadem moneta, qua datum, restitutum esse; quia creditori aliquid pro alio non potest restitui, *l. 2. §. 1. 2. de R. C.* Sed, si pro auro argentum substitueretur, aliud pro alio solveretur, ergò pecunia credita in eadem moneta, qua data est, restitui debet.

Verum, hæc dubitandi ratio non obstante, propoſita *Quæstione Disputationis* dirimenda est, ut nimirum inter contrahentes conventum sit, ut solutio fiat in moneta aurea, quæ data est, necne? Si conventum sit, res expedita est; statim enim pacto, cum contractus ex conventionem legem accipiat, *l. 1. §. 6. ff. de positi.* Concord. *Walter de Jure consuet.* *Ausg. lib.* 2. tit. 17 ibi: *Zu dem anſehen, wann die Contrahenten auf den Münz-Form, und Schlag contrahiren, nemlichen Duppelen, Cronen-Thaler &c. jo muß der Schuldner aus gleichem Schlag bezahlen.*

Si non sit conventum; mutuum in alia moneta restitui possit. Ita *Zoef ff. de R. C. n.* 22. *Fach. lib.* 2. *esp.* 50. *Herrn.* 190. *Menoch. Confu.* 49. n. 38. *Humm. ad Treutl.* vol. 1. *disj.* 18. *th.* 12. §. 45.

*Ratio* sola sed solidâ est, quia pecuniæ bonitas non consistit in materia, sive corpore pecuniæ licet bonitatis vincula ipso vino, sed in valore impostuato, & quantitate, secundum quam xibimatur, ut patet ex *text. l. 1. ff. de contrab. empt.* His verbis: *etque materia, formi prebica percussu; usuui, dominiunq; non tam ex substantia prebet, quam ex quantitate.* Ex quo colliges; si quis florenum mutuum det, non censeri, ipsum corpus sed valorem, id. 60. crucigeros, mutuos dedisse, quos si debitor solvit idem reddit, tam quoad quantitatem, quàm quoad bonitatem: nam, pecuniæ

bonitas in solo valore, à Magistratu vel principe imposto, consistit.

Ad rationem dubitandi *Æ. neg. min.* Bonitas enim pecunie non in materia, sed valore impositio consistit. Unde, si monetam argenteam pro aurea restituit, modò adæques quantitatem, idem quod accepit, reddidisse dicitur. *Quæro* te: ego habeo Aureum in specie, qui tunc temporis valet 4. florinos, tu habes duos Imperiales, quorum unus impressentiarum valet 2. fl., quis altero est ditor? Hæc alta pace procedunt. At,

16 *Quæro* VI. cuius temporis æstimatione habenda sit, mutatione monetæ facta?

*Observe*: mutationem monetæ aliam esse *intrinsecam*; aliam *extrinsecam*. Intrinseca sit, quoties eadem æstimatione, sive idem valor manet; sed materia pretiosior aut vilior efficitur. *Wann die Thaler, oder Gold-Gulden an der Fenne schlech, er: oder an dem Gewicht ringer werden.* Extrinseca mutatio sit, quoties materia non mutatur, sed tantum æstimatio, sive quoties valor pecunie crescit, vel decrescit. *Also hat der Reichs-Taler gegolten*, Ann. 1610. 1. fl. 24. *kr.* An. 1615. 1. fl. 30. *kr.* An. 1620. 2. fl. 20. *kr.* An. 1621, in dem Martio 2. fl. 30. *kr.* Majo. 2. fl. 48. *kr.* Junio 3. fl. 6. *kr.* Julio 3. fl. 15. *kr.* Augusto 4. fl. Septembri 4. fl. 30. *kr.* Octobr. 5. fl. Novemb. 5 fl. 30. *kr.* Decemb. 6. fl. 30. *kr.* An. 1622. 7. fl. 30. *kr.* His posita.

*Æ.* Sive Mutatio monetæ intrinseca: sive extrinseca facta fuerit, tempus contractus inspicendum esse, quantitatem quæ credita est, eandem quantitatem quæ credita est, restitui debere, non in tot præcisè aureis, aut in talibus nummis, data est; sed, si æstimatio creverit, pauciores; si decreverit, plures & quidem in talibus nummis, quales repe-

riuntur tempore solutionis, restituendos esse. Ita *Harp. n. 209. Et n. 211. Menoch. lib. 2. de arbitr. cas. 907 num. 9. Et 10. Mys. cent. 4. Obs. 1. Berlich. p. 2. concl. 36. num. 5. Huon. d. disp. 14. lib. 11. Ching. Inst. b. 1. q. 12.* Ubi, ita Inclytam Facultatem suam respondisse, dicit *Ratio* non est alia, quàm, quòd pecunie bonitatis non consistat in corpore, sed in valore impositio, & quantitate, secundum quam æstimatur; ergò debitor non tenetur, tot corpora, quot accepit, restituere; sed quantitatem, & summam illam quam accepit, hanc si restituat, rem in eadem bonitate restituisse, dicitur.

*Dicit*: In æstimatione vini non tempus contractus, sed solutionis, spectandum est. *L. 22. ff. de R. C.* ergò idem in pecunia statuendum. *Æ. Con. ant. neg. confeg.* Disparitas est, quòd bonitas vini consistat in corpore, ut corpus censetur mutuo datum fuisse: bonitas autem pecunie non consistit in corpore, sed in quantitate.

Porò, hæc materia de mutatione monetæ tam *diffusa* & *confusa* est, ut, illam ex se discutere, & in certam regulam deducere, temporis angustia non patiantur, nec id exigat instituti ratio. Unde te remitto ad *Resolutionem Casaream* de dato Vienna 20. Aprilis Anno 1627. quam recenset *Fensterm. lib. 2. obs. 198. n. 5. & Cod. Austr. lit. M. vers. Monæ. Resolution.* Ubi aliquot regulæ statuuntur, quas iudicando observandas esse, decrevit *Ferdinandus II. Imperator.*

Tamen, pro ratione iustitiae iustò plura fors dixisse videar; non possum tamen, ob materiæ eximiam utilitatem, continere calamus, quin huic materiæ adhuc pugam ista duo specialia, quæ in acceptione mutui, à civitate, & Filio familias facta, singulariter recepta sunt. Itaque.

*Quæro*

17 *Quæst. VII. Quid Juris, si civitas mutuum acceperit?* *℞. Distingendum esse, an ipsa civitas (forte peractorem suum, ad hoc nominatim deputatum, communicato prius consilio) pecuniam mutuum acceperit; an Administratores & Syndici, nomine civitatis, pecuniam acceperint mutuum?*

Si ipsa Civitas, non minus, quam quisque alius privatus, obligatur, tamen si pecunia in ejus utilitatem versa non fuerit, civitas enim Jure privatorum utitur, *l. 16. ff. de V. S.* Si administratores, tunc Civitas prius non obligatur, quàm, si a creditore probatum fuerit, pecuniam in utilitatem civitatis conversam esse. Ita fencit, *text. capital. in l. civitas. 27. ff. de R. C. Zoef. ff. d. t. num. 41. Hunn. var. resol. lib. 3. sr. 3. p. 1. q. 18. Clariss. D. D. Franz. Inst. l. t. num. 37.*

18 *Quæst. VIII. Quid Juris, si Filius-fam. pecunias mutuas acceperit?* *℞. Filius-familias in Jure habere pingue ali-quod beneficium, quod vocatur S. C. Macedonianum, vi cuius beneficii ex contrahitu mutui non obligantur; ita, ut non tantum in foro civili, sed etiam in foro conscientie non teneantur, pecunias mutuò acceptas restituere.*

Non in foro civili, *l. 1. ff. ad S. C. Maced. §. l. 9. §. 2. ff. eod.* Non in foro conscientie: potuerunt enim Legislatores, tum in poenam, & odium feneratorum; tum ob bonum Reipublice statuere, ut per hanc exceptionem in utroque foro mutuo dantes excludantur, & Jure repetendi priventur, *d. l. 9. §. 2. Ita docent Molina. de J. §. J. d. p. 101. n. 6. Less. lib. de J. §. Just. cap. 20. Dub. 2. n. 2. Panorrist. in cap. Novit. 13. de Jud. n. 33. Hennebold. tom. 3. sr. 9. cap. 3. cont. 6. n. 227.* Quod ipsum vel maxime procedit de Jure Austriaco ex Constitutione Rudolphi 11. Imper. de dato 18.

Julij 1601. ibi: *Die sollen &c. i. e. si non solum pæsuram patienter ejus quod proveni-bus mutuum dederunt; verum, etiam pro-ratone facti, graviter plectentur.* Vide Cod. Austr. lit. S. vers. S. C. Maced. & Fenslerw. lib. 2. Obs. 10.

Dicitur: Si Filius-fam. mutuo quod accepit, solvit, non habet soluti repeti-tionem, *l. 9. §. 4. ad S. C. Maced.* Ergo signum est, quod obligantur na-turaliter, argumentò eorum, quæ dicta sunt ad Lib. 11. Tit. X. n. 24. vers. Probatur 1. *℞. Hoc speciale esse in Filiu-fam. quod naturaliter non obligatur; & tamen soluti repetitionem non habet. Ratio Specialitatis est, quia post solutio-nem, semel factam, cesset periculum, propter quod S. C. Macedonianum intro-ductum est; scilicet, ne filius-fam. à creditore compulsus, insidiaretur vitæ pa-rentis.* Hennebold. loc. cit. Clariss. D. D. Franz. Inst. b. c. n. 27. Zoef. ff. de S. C. Maced. Quos, utpote hac de materiâ prolixius discurrerent, consule.

## §. Is quoque I.

*Secundum Contractus, qui Re inicitur, est 19 Indebitum, quod definitur, quod sit quasi contractus re inicitur, quo pari quæpiam per errorem solvus parti alteri, credenti quid sibi debeat, ad quod non debetur* Scharob. Inst. l. c.

Dicitur I. quasi contractus, ita enim sancitur in §. 6. Inst. de oblig. que ex qua-si contractu, Mart. l. c. n. 21.

Dicitur II. per errorem, siquidem qui scienter indebitum solvit, donatio cen-setur, ex regula: *cujus per errorem dati repetitio: ejus consulto dati, donatio est* l. 53. ff. de R. J.

Dicitur III. Credenti quid sibi debeatur; nam, scienter indebitum solvens, convenitur ut fur, *l. 12. ff. de cond. fur.*

Dicitur VI. *Quod non debet. Ubi Praemittit*, indebitum esse *quod triplex.*

- 20 I. *Indebitum civiliter sed non naturaliter* debitum; puta, si quis solvit id, quod ex nullo pacto debet, vel id, quod alicui ex testamento, minus solenni, relictum est, juxta dicta *Lib II Tit X. n. 24.*

II. *Indebitum civiliter & naturaliter* debitum, quod datur in obligatione litterarum. Item in debito ex causa muneris, quod creditor mihi remisit per nulum pactum de non petendo, quo tollitur naturalis obligatio, remanente solâ civili.

III. *Indebitum naturaliter & civiliter*, ut quando solvitur id, quod nullo jure debetur.

IV. Est indebitum *ope Exceptionis*, ut quando quis naturaliter, & civiliter obligatus est, competit tamen ei exceptio. Ubi tamen adhibenda *Distinctio*, an sit exceptio *temporaria*, an *perpetua*? Item an *favorabilis* an *odiosa*? His praemissis, sequitur,

- 21 *Affertio I.* Indebitum civiliter, naturaliter tamen debitum; si solvatur, per *Conditiōem unius indebiti* repetere non possum, in egi tam enim jam ab iis, quod repetere prohibetur, ut, quia naturaliter debita, solvantur, l. 3 §. fin. ff. quid quique Jur. l. 60. ff. de conditiōe indebiti. Ratio rationis, quia qui taliter solvit, errat in jure: solvens autem ex errore juris, repetitionem non habet, l. 10. Cod. de Jur. Et facti 1. nov. Harp. n. 52. ubi octo argumenta contraria ex parte refutata.

Excipitur tamen minor. 25. omnis, qui licet per errorem juris indebitum solveat, conditionem tamen, sive repetitionem habet: error enim juris minori non sufficit, l. 9. ff. de r. l. 21. §. Sin autem, ff. de Prob.

- 22 *Affertio II.* Indebitum naturaliter & civiliter debitum, in sistente repeti potest, sive fuerit facta solutio per erro-

rem juris, sive facti: inique enim petit alter cum alterius iusticia locupletari. *Accedit*, quod id, quod civiliter tantum debetur, neque naturaliter, neque civiliter, propter defectum consensûs. Non civiliter, propter exceptionem; licet enim creditor actionem habeat, hæc tamen actio ejus inanis est, ut per exceptionem elusi possit: nihil autem interest, totum quis actionem non habeat, an verò habeat? Sed talem quæ per exceptionem infirmari potest, l. 112 ff. de R. J. Idque est, quod quotidie auribus infonant: eum, qui exceptionem perpetuam habet, solum per errorem repetere posse, l. 26 §. 3. Et 40. ff. de conditiōe indebiti. *Hinc*, ad Treutl. vol. 1. disp. 22. *Quæst.* 19. *Schneid.* num. 3. *Inst.* hic.

*Affertio III.* Indebitum naturaliter, 23 & civiliter, ut, quando solvitur id quod nullo jure debetur, potest repeti, quocumque ignorantia solutum fuerit, *not. su. ff. de conditiōe indebiti.*

*Affertio IV.* Indebitum *ope exceptionis* 24 temporalis repeti non potest. Unde, si quis mihi debeat centum silvencos A. 1712. & solvat 1711. adroque undâ citius, non poterit solum repetere, l. 10. de R. J. 10. ff. de conditiōe indebiti. Ratio est, ut evitetur circulus; & dolus quodammodo facere censetur, qui ab altero petit id, quod paulo post est restitutus eisdem, cap. 59. de R. J. in 6. l. 8. ff. de dol. mal. excep. *Manu.* n. 11. *Schneid.* n. 6. *Harp.* n. 27.

Dia procedunt, si debitum debeatur in diem certum, secus, si in diem incertum, hoc enim a se repetitio datur, l. 16. l. 56. ff. de conditiōe indebiti. Ratio *Differentia* est, quia quod in diem certum debetur, certum est deberi; id verò, quod in diem incertum debetur, non est certum deberi, quia ab eventu conditionis pendet, quæ existere

tere non potest. *Harp. num. 27.*

*Affertio V.* Indebiti non ope exceptio-  
nis perpetuae, favorabilis, seu talis,  
quae in favorem debitoris, id est, illius,  
qui indebitum solvit, introducta est,  
repeti potest, *l. 26. §. 3. ff. de condic. in-  
deb.* Unde, si maritus, pro alio inter-  
cedens, non opposita *S. C. Feltyani ex-  
ceptione*, solvat, repetitionem habet, *l. 40. ff. de condic. indeb. Et leg. 9. Cod. ad S. C. Velley. Manz. n. 10. Clariss. D. D. Franz. Inst. de obligat. quae ex quasi con-  
tr. n. 13.*

*Affertio VI.* indebitum ope exceptio-  
nis odiosae, live talis, quae in odium  
creditorum inducitur, semel solutum,  
repeti non potest. Hoc, si filius-fam.  
exemptione *S. C. Macedoniani* omissa, per  
errorem Juris solvit, repetitionem non  
habet, *d. l. 40. Et l. 9. §. pen. ff. ad S. C. Maced.* *Harp. num. 36.*

### Ad vers. Daturque.

*Quaeritur* in hoc *Versiculo*, qualis ergo  
actio detur ad repetendum indebitum?  
Et quod detur actio condictionis, id est,  
condictio indebiti, exinde sic dicta,  
quod indebitum solutum sit.

### Ad vers. Nam perindè.

Dicit in hoc *Versiculo Imp.* quod aequè  
indebitum per conductum indebiti pos-  
sit repeti, ac si mutuum alter accepisset,  
quod per conditionem certu ex mutuo  
repeti potest, modò appareat eum dare  
oportere, id est, indebitum accepisse.  
*Manz. n. 17.*

### Ad vers. Unde.

Quod si pupillo indebitum solutum  
sit, ab ipso repeti non potest, nisi fac-  
tus sit locupletior. Ratio, quia, sicut  
pupillus ex mutuo, sine tutoris auctori-  
tate accepto, non obligatur, ita neque  
ex indebitum soluto, in hoc enim contrac-  
tus mutui, & indebiti comparantur.

### §. Item is II.

*Tertius contrahens*, qui *Re* celebratur, *27*  
est *Commodatum*; quod concipitur *defini-*  
*tur*, quod *si contrahens realis*, quod res  
gratis ad certum usum *Et tempus ea lege*  
conceditur, ut, *fructu usu, Et tempore*,  
*in specie reddatur*

Dixi I. *Realis*, quia hic contractus  
non oritur, nisi res interveniat, *text.*  
*hic. & in l. 1. §. 1. ff. commodati*

Dixi II. *Gratis*, ut discernatur à loca-  
tione, & conductione. Siquidem, si usus  
rei concedatur pro certa mercede, con-  
sistente in pecunia numerata, locatio  
conductio est. *text. hic.* Sin verò usus  
rei pro alia re, non consistente in pe-  
cunia numerata, concedatur, erit con-  
tractus innominatus, *l. Si tibi §. 1. ff. praescriptis verbis Manz. n. 14.*

Sane, commodati naturae repugnare  
non videtur, ut ex post facto aliquid  
accipiat, non quasi merces, sed ut remun-  
eratio, maxime cum in contractu *De-*  
*positi* id expresse admittatur, *l. 2. §. fin. ff. de bon. rapit.* Ex etiam in *Mandato* quod  
vel maxime debet esse gratuitum, non  
rarum intervenire possit, *l. Solamur, Et l. Si res utrandi ff. Mandat. Manz. loc. cit.*

Dixi III. *ad certum usum*, & *tempus*; quibus verbis distinguitur à *Precario*, quod neque ad certum usum, neque ad



certain tempus conceditur, & proinde pro arbitrio concedentis revocari potest, l. 1. §. 2. ff. de precario. Schneid. num. Differt etiam his verbis à Pignore & Depositio, in h.s. enim contractibus creditor, & depositarius re sibi concessa, absque crimine furti uci non possunt, §. Furtum. 6. Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.

D. XI IV. Conceditur, quia in commodato proprie res non datur, id est, dominium non transferitur, sed usus tantum alteri reliquitur. Unde, quando Imperator in textu dicit in commodato rem utendam dari, improprie loquitur, quia dare translationem Domini designat; in commodato autem non Dominium, sed Usus rei conceditur.

Dixi V. Ut finit usus, Et tempore: usum enim & tempus determinatum si commodatarius transgrediat, furtum committit, §. 7. Inst. de obl. g. qua ex del. 2. Schneid. n. §. Manz. n. 22.

- 28 Dixi VI. In spec. reddatur quibus verbis Commodatum differt à Mutuo, in quo non redditur eadem Species, sed idem Genus, l. 2. §. 1. ff. de R. C. Unde fuit, in rebus fungibilibus commodatum locum non habere, quia rerum fungibilium usus consistit in abusu, & nulla est earum utilitas, nisi consumantur; consumptæ autem non possunt restitui in specie: quia non entis non amplius sunt qualitates. Manz. n. 26. Sane, res fungibiles ( præcipue pecunie, ad pompam, & ostentationem: fortè, ut quis dives appareat, & in loculis clangore resonent ) commodari posse, non est, cur negetur. Schneid. n. 11. Harp. n. 16,

Ad vers. & tenetur,

29. Hæc Verficulus explicat Effectus commodati, qui in eo consistit, quòd commodatum producat duplicem actionem, dicitur & contrariam,

Dicitur datur Commodanti contra Commodatarium, ejusque Hæredes, ut res commodata, usu finito, in specie non deteriorata, restitatur; aut, si deteriorata sit, simul interesse præbetur, l. 3. §. 1. ff. Commodati.

Contraria verò datur Commodatario, quia repetit, quod suū interest, nomine rei commodatæ, l. 17. §. sic ut ff. commodati. v. g. expensas, si quas, ad perpetuam rei commodatæ utilitatem impendentes, fecerit. Dixi perpetuam: nam quæ præsentem rei usum concernunt, illas non repetit, l. 18. §. 2. ff. eod. Manric. de tacit. Et sing. convent. lib. 9. tit. 2. n. 6.

Datur & tunc actio contraria contra commodantem, si scienter rem viciosam commodaverit, & commodatarius exinde damnum aliquod passus sit, ad damnum illud resarciendum. Fortè si vas viciosum commodaverit, ut vitium infusum aut corruptum fuerit, aut effluerit. d. l. 18. §. 3. Manz. d. loc. n. 11, Harp. n. 15.

Limitatur, si commodans vitium ignoraverit, d. l. 18. §. 3. l. pen. ff. eod. nam licet alias vitium scire debuerit, hic tamen, ubi de mero beneficio agitur, cessat. Admiret loc. cit. Unde colligitur, quòd commodatario de dolo, & lata culpa tantum tenetur. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 24. ib. 4. lit. C. Brunsm. in d. l. 18. §. 3. n. 5.

Datur denique actio contraria tunc, si commodans ante completum usum rem commodatam auferat, tamen si enim commodatum ab initio sit officii, ex postfacto tamen necessarius est. Manz. n. 29.

Quæres I. An non liceat commodanti rem commodatam ante tempus revocare, qui alias ex inopinato grave subiret damnum? Fac, v. g. me quatuor equos

equos habuisse, & tibi commodasse duos, reliquos vero duos casu incupiatō perisse. Jam, cum illis duobus equis, quos tibi commodavi, difficulter caream, *queritur*: an eos ante tempus revocare queam?

Videtur primā fronte, quod non. I. Quia donatio, ob superveniens infirmitas, revocari non potest; ergo neque commodatum. II. Quia nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius.

Verum, contrarium tenendum: tum, quia commodata non videntur voluisse rem alteri gratis utendam, concedere cum suo proprio incommodo, & detrimento; ut proinde ratio æquitatis exigat, rem commodatam, si commodatus, de *danuna vitando*, certet, ante tempus revocari posse; quilibet enim sibi ipsi proximus est. Ita docent *Molin. tr. de J. & J. disp. 249. n. 8. Hamvold. tom. 3. cap. 7. n. 759. Zoff. ff. commod. num. 20. Clariff. D. D. Franz. huc. n. 12.* Quò fact etiam, quòd *Locator*, si *reses* propriis usibus necessarias habeat, expellere possit *Conductorem* ante tempus, *L. 3. Cod. locati*. Ut magis nostro casu ad obtinere se debeat, utpote in quo agitur de concessione *gratuita*, in locatione vero de *onerata*.

Ad I. *neg. parit.* quia per donationem transferitur *Dominium*, in commodato tantum *Usus*. facilius autem revocatur *usus*, alteri concessus, quam *dominium* semel translatum.

Ad II. *Resp.* id procedere; nisi rationabilis causa subsit, prout est in nostro casu.

Ad vers. At is.

31 *Queritur* hic, ad qualem culpam reusatur commodatarius? Quod & quomodo

plex sit culpa, latè dictum est in *L. 6. I. Tit. 26. n. 10. & seqq.* Quò jam remissus esto, & quò legeris, supposito.

*Resp.* Ad *Questionem* propositam, statuendo universalem regulam, quam non solummodò pro contractu commodati; verum etiam pro pluribus aliis contractibus; quibus agitur de præstatione culpe, observes velim. Itaque vel contractus respicit utilitatem utriusque, id est, *accipientis & dantis* simul; vel *accipientis* tantum, vel *dantis* tantum.

Si contractus respicit utilitatem utriusque contrahentis, tunc præstatur *dolus*, culpa lata & levis, non etiam *levissima*, *L. 1. §. 2. & l. 18. ff. Commodati*. Si accipientis tantum, tunc præstatur etiam *levissima* culpa, *text. hic. & d. l. 1. §. 2. præf. l. 18. ff. d. l. 1.* Si verò dantis tantum, tunc alter non nisi de lata culpa tenetur, *d. l. 1. §. 10.*

Ex *doctrina* jam facile colliges, ad quam culpam præstandam teneatur commodatarius. *Refert.* nimirum, an commodatum respiciat utilitatem commodantis tantum (veluti si Sponsus Sponsæ commodet ornamenta, ut honestius in nuptus incideret) & tunc solus *dolus*, & lata culpa præstatur, *d. l. 1. §. 10.* An respiciat gratiam, & utilitatem utriusque (veluti si *Finis*, & *Cajus* parent simul convivium in ædibus *Titii*, *Cajus*que commodaret pocula) & hoc casu præstatur *dolus*, lata & levis culpa, *d. l. 18.* An respiciat utilitatem commodatarii tantum (veluti plerumque contingit) & tunc præstatur *dolus*, lata, levis, & *levissima* culpa, *d. l. 18. ff. Commodati. Brunhem. ibid. n. 1. Carpov. p. 2. cons. 26. def. 6.*

*Cajus* fortuitum commodatarius præstare non tenetur, *L. 1. §. 4. & 7. ff. commodati, junctim l. 23. ff. de R. J.* Ratio,

Ratio, quia quælibet res perit sua domino; commodatarius autem rei commodatus dominus non est, ergo. Ratio alia, quia commodatarius non est debitor certæ speciei; debitor autem certæ speciei casum non præstat, l. 207. ff. de Solut. & §. 3. Inst. de empt. & vend. Harp. n. 23. Concord. Walter de Jure con. et. Aust. lib. 2. tit. 19. ibi: Doch præsten hiez, &c. l. e. Exemplum tamen casus qui dicitur ibi: Et præter commodatarii prudentiam, seu fortuito accidunt; qui illa sunt incendia, ut bellica & aquarum furta, & similia; hæc quippe non tenetur præstare commodatarius.

Locutur L. Nisi expressè conventum sit inter partes, de præstando casu fortuito; contractus enim ex conventionione legem accipit, l. 23 ff. de R. J. & l. 1. Cod. Commodati. H. Nisi rei commodatarius, attimationem, se præstiturum, adspiciunt, d. l. 5. §. 3. ff. eod. III. Nisi culpa commodatarius interveniat (forte, quia in mora restituenda fuit) d. l. 5. §. 4. & l. 33. & cap. un. X. de Commodat. vel, quia rem commodatam per personam, minus idoneam, remisit, l. 10. §. fin. ff. d. t. Plane, si per nuntium communem remisit, de casu non tenetur; nuntius enim publicus pro idonea persona habetur. Schenk. Inst. hic. vers. Quæres. Item Brunnem in d. l. 10. vide etiam Carpov. p. 4. const. 11. def. 12. & 13. Item Gomez. var. res. tom. 2. cap. 7. n. 3. Zoef. ff. commodati. n. 13.

Sed quid Juris, si quis per servum suum rem commodatam commodanti remisit, & servus res commodata per vim ablata fuerit, aut servus cum re auferat? Ut consilium me expediam, in Quaestione D. C. Bonem id tibi in medium profero, quod de Jure Austriaco obtineat, scribit Walter lib. 2. tit. 19. vers. Gleicher Weisa. ibi: wann der Lohr &c.

l. e. Cùm commodatarius servum mittit, ut rem commodatam restituat: hic autem re recepta infestiter agit, vel aufugit, vel res ei ab altero diripitur; tunc damnum non ab eo qui rem commodaverat; sed ab ipso commodatario est persequendum.

### §. PRÆTEREA. 3

Quartus contractus, qui se contrahitur est Depositum, quod definitur, quod sit Contractus realis, in rei gratia custodienda, aliam traditur et sine, ut eadem in specie, quandoque reponenti liberis, restituat.

Dixi I. Reali, quia hic contractus non aliter, quam, re ipsa interveniente, celebrari potest.

Dixi II. Gratis: nam si interveniat merces in pecunia numerata, tunc erit locatio conductio, si vero merces in alia consistat, contractus nominatus erit.

Dixi III. Custodienda; etenim hæc censetur esse forma depositi, per quam ab aliis contractibus, qui in re consistunt, distinguuntur: siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed ut vel accipientis fiat (veluti in mutuo & indebito) vel, ut ea accipiens utatur (veluti in commodatu, vel, ut eam in securitatem creditu habeat (ve uti in pignore) Harp. n. 5.

Dixi IV. Traditur, tum, quia in deposito res non datur, id est, rei dominium non transfertur l. licet. ff. depositi. tum, ut indicetur rerum immobilium depositum non dari, utpote quæ tradi non possunt. Manz. n. 3. Schenk. Zoef. ff. depositi. n. 1. Vident. Harp. n. 17. Bachov. in Tronh. vol. 1. disp. 26. th. 4. et. D. Fin. Inst. hic sine Glesle part. 3. cap. 13. Clariss. D. D. Franz. Inst. b. 1. n. 10. Ego exilimo, dissentientium sententiam hæc sua responsione explodiposuisse, si dicatur, rerum immobilium dari depositum; sed impropium.

Dixi

Dixi V. *Ut eadem in specie*, quibus verbis differt à mutuo, quod in genere restituendum; natura vero depositi est, ut res in specie restituatur. Unde si alium fuerit, ut depositarius non eandem rem, sed aliam restituat, ex hoc negotii contrahus innotatus deest, confurgit.

Dixi VI. *Quandocunque deponens libuerit*, in hoc enim vel maxime consistit depositi natura, ut ad notum deponentis restituatur. Ratio, quia depositum, solum deponentis gratia, regulariter contrahitur, ut proinde, quandocunque voluerit, id revocare possit, c. 2. §. de deposito l. 1. §. 12. ff. de juri.

Et hoc in tantum extenditur, ut, etiamsi terminis, facientem restitutioni à deponente præfixis, medium elapsus fuerit, deponentis tamen recte revocet depositum, Mantz. l. 10. tit. 4. n. 7. Pirhing. ad Decret. de deposito §. 3. n. 7. Mantz. n. 17. Ratio est, quia depositum unice spectat à committendum deponentis, ut proinde non censetur terminus adjectus in præjudicium deponentis; sed ad definendam obligationem depositarii, qui proinde non liberatur, si sine iusta causa ante præstitutum tempus invito deponenti depositum restituat. §. §. 2. ff. de deposito Clariss. D. D. Franz. Inst. b. 1. n. 30.

#### AD VERS. TENETURQUE.

- 33 Sicuti ex Commodato oritur duplex actio; ita etiam ex Deposito, Dicitur, quæ datur deponenti, ejusque hæredibus adversus depositarium ejusque hæredes, ut res deposita, non deteriorata, restituatur, l. 1. §. 16. de deposito, una cum fructibus, & omni causa, l. 1. §. Et idem ff. eod. Contraria, quæ datur depositario contra deponentem, quæ repetitur, quod sibi abest nomine depositi suscepti, non, quia in illud impensis fecit; aut, quia damnum passus est propter vitium  
Kess ad Instituta.

res depositæ. Schneid. Inst. b. 1.

#### AD VERS. SED IS.

Quæritur in hoc Versenb; ad quid teneatur depositarius? Id ex regula, superius data, patere; numrum, quod non nisi de dolo & lata culpa teneatur, text. hoc & in l. 32. ff. de deposito. Ratio, quia depositum deponentis utilitatem tantum respicit, & si negligenti amittitur rem custodiendam, commiserit, id lux impurare debet facilitati, ex qua si uanum, lenius, sentire non videtur, l. 203. ff. de R. J. Mantz. n. 24.

Dicit, quod depositarius de dolo & lata culpa tantum teneatur procedunt,

I. Nisi depositarius vitæ & sponte propria se obtulerit, ad depositum recipiendum; tunc enim, quia per talem spontaneam oblationem Juris interpretatione, omnem diligentiam in re custodienda simul promissa, intelligitur, culpam etiam non tantum levem, sed etiam levissimam præstare tenetur, l. 1. §. 35. ff. de deposito P. Engel. ad Decret. de deposito n. 4. Pirhing. lib. 3. tit. 16. §. 2. n. 5.

II. Nisi depositarius pro rei custodia mercedem acceperit, quo in casu, ad levem culpam præstandam, obligabitur, quia tale depositum migrat in contractum locatarius Condominii, in quo, quia utraque utilitatem respicit, levis culpa præstatur, l. 1. §. 9. ff. de deposito. P. Engel. loc. cit. Mantz. de Tacit. Et analog. contrahit. lib. 10. tit. 9. num. 12.

III. Nisi non-natum commercie, ut depositarius omnem culpam vel etiam casum præstaret; hoc enim casu ad præstationem in omnis culpe & casus fortuiti tenebatur; contractus enim ex conventionione legem accipitur l. 1. §. 1. & §. 35. ff. de deposito.

IV. Nisi sint Manta, Compens, aut Stabulari; hi enim, ad levissimam culpam

culpam præstandam, teneant, l. 1. l. 2. l. 3. ff. *Naut. Cap.* Rursum, quia horum officium annexam habet custodiam, d. d. *il. Clariss. D. P. König. ad decret. de depos. n. 22. Lief. ff. d. 1. n. 2. Et 3. Brunnum, in d. l. 3. num. 4. Concord. Walter de Jure consuet. Austr. lib. 2. tit. 21. Wann, &c. l. e. Cum aliquis in diversis publicis rebus, sive ostendans seu offerendans Tabernaculo traditis, tunc tenetur Tabernarius remissionem præstare quietem, ut cum rebus et convenerit vel domesticis vel hospes aliusve persona absquelet, teneatur Tabernarius alium sardite. Quod tamen limitatur, procedere in variis casibus, quos ordine recenset *Walter. d. loc. Illud tamen, in medium non adducere non posui, quod Walter loc. cit. in fine, Juris esse, asserit: Wann ein Gp &c. l. e. Cum hospes Tabernario viduam, episcopum, sacrum, aut sacras consignatas custodiendi tradidit, & vincula deinceps soluta deprehendantur, tunc tenetur Tabernarius res singulas ibi contentas præstare: sed & cum hospes eas singulas prius non indicavit, tamen de iis quæ ablata erunt, ut & de eorum præstato, juramentum ejus solum sufficit.**

Ista pro declaratione textus. Cæterum  
 35 *Quærit I.* An depositarius re deposita uti possit? R. quod non custodiam cum tantum habet, & si re deposita, utitur Dominus, utatur, furti se reum constituit, l. 3. *Cod. deposit.* Ex hoc sine omni dubio procedit, si species deposita sit. *Sibemb. lujt. hic.* Sed,

36 *Quærit II.* Quid? si v. g. pecunia deponatur, potestne depositarius eam uti, si paratus sit tantundem restituere?

R. I. Extra dubium aliam versari, si pecunia clausa & obsignata fuerit, quod depositarius eam uti non possit,

quin furtum committat: Ita apertè tenent, l. 29. ff. *deposit.* his verbis: si facientem, vel argentum signatum deposuero, & si, penes quem depositum fuerit, me invito, contra Javert, & depositum & fieri actio in eum mihi competit.

Resp. II. Idem dicendum esse, etiam si pecunia non sacra clausa, aut obsignata, l. 3. l. 4. *Cod. h. t.* ubi indistinctè dicitur, depositarium committere furtum, utendo re deposita, quamvis hoc in casu dissident, *Hoon. ad Trentl. vol. 1. disp. 26. th. 6. lit. A.* eò quod pecuniam, non obsignatam, deponens, tacitè ejus usum depositario concessisse videatur; hoc tamen in rigore Juris vix obtinet, ut de acquirate procedat, eò saltem casu, quo depositarius ejus est conditionis, ut omni, quo petitur, momentò depositum valeat restituere. *Schab. hic.*

Sanè si pecunia, non obsignata deposita fuerit, & depositario adnumerata hòc potest, ut, si opus habeat, eam utatur, utendo furtum plane non committit, & licet tale depositum novissimos depositi terminos egrediatur, depositum tamen manet, & actio depositi competit, propter animum deponendi non mutatum, l. 24. l. 25. l. 26. §. 1. ff. *deposit.* *Jusf. ff. eod. num. 3. Glott. pars 3. quæst. 13. Clariss. D. P. König. de deposit. non. 7.*

*Quærit III.* An depositarius in periculo incendii, naufragii, aut hostis incensum res depositas præ suis servare teneatur, si utraque non possit?

Res d. uti plena est; nam ex una parte S. Pontrex in cap. *bona fides* 2. §. h. t. generò iter asserit: *bona fides abest, prout, si rebus tuis salus expetitur, non oportet, ut ea.* Ex altera vero parte haud culpabile videtur, nec contra bonam fidem, si quis prius de rebus propriis, quam alienis sollicitus sit,



Definitur, quod sit *contra Juri*, re  
inimici, quo res Creditori traditur in  
securitatem debiti.

Dixi I. *Re iustus*, quia pignus neque  
nuda consensu, neque verbis, neque li-  
tteri, sed re tradendo constituitur. *text.*  
*hoc* Et l. 1 §. 6 ff. de O. Et A.

Non obstat l. 18. §. de pig. ar. 47. &  
d. l. 1. in prin. ubi pignus dicitur,  
etiam nuda consensione, sine traditio-  
ne contrahi; enimvero d. d. ff. intel-  
ligendæ sunt de hypotheca; quæ quan-  
doque in Jure cum nomine pignoris con-  
fundatur, promiscue ponitur. *Harp. Inst.*  
*hic* n. 4.

Dixi II. *Quo res* (subintellige *propria*)  
4<sup>a</sup> res enim aliena oppignrari non potest,  
*tot. tit. Cod. Si res aliena. pig. dat* nisi  
volente vel ratu habente in ipso domind.  
l. 20. ff. de pignor. ad. Quod si debitor  
rem alienam pignore dederat, tenebatur  
actione pignoratitia, contrariâ si credi-  
toris interit, l. 6. Cod. d. 1. & præterea  
(extra ordinem) crimine *Stellionatus*  
notatur, l. 16 §. 1. ff. de pignor. ad. *Coef.*  
ff. *Quæ res pig. oblig. non poss.* *Manz. n.*  
*6. Emsterw. lib. 2. obs. 90. n. 1.*

Dixi procedunt, si res simpliciter sit  
aliena, ita, ut debitor nullum penitus  
Jus in eo contineat. Secus si Jus aliquod  
in re oppignrata habeat. Sic emphytea-  
tica rem emphyteuticam, creditor rem  
otiosam, vel rem relictâ pignori dat, d. l. 16.  
§. n. 2. & *tot. tit. Cod. Si pignus pignori*  
*datum sit.* *Christ. D. D. Franx. n. 16.*

Dixi: Res aliena potest vendi, l. 28.  
ff. de contrab. emp. ergo etiam oppigne-  
rari. *R. Cov. ant. neg. conseq.* Diligantia  
est, quod venditor duplaxat teneatur,  
ad tradendam possessionem, & usû ca-  
piendi conditionem, *Christ. in d. l. 28.*  
Contra verò debitor in pignore tenetur  
transfere Jus in re, quod nun potest,  
nisi dominus sit, *arg. l. Nemo plus Juri*

54. ff. de R. J. *Harp. n. 148. Preling. ad*  
*De. ret. de pignor* §. 3. *manz. 15.*

Dixi III. *traditur*; per hanc enim  
particularitatem distinguitur ab *Hypotheca*  
ei, quando enim res obligatur Credito-  
ri sola conventionione, absque traditione  
rei, tunc hypotheca dicitur, siue res  
obligata ut *delo* sit, siue *immobilis*. Proin-  
de, ut intelligat, an pignus sit, an hy-  
potheca, respicias, necesse est, an res  
sit tradita; an nondum conventionione obli-  
gata, absque traditione: si prius, pi-  
gnus: si posterius, hypotheca erit.  
Unde advertit, *pignus*, (*regul. ruer*)  
in rebus *mobilibus*; *hypothecam* autem in  
rebus tam *mobilibus*, quàm *immobilibus*,  
constitui licet: cæteròquin pignus, &  
hypotheca in Jure frequenter confun-  
damur, & non, nisi solum nominis,  
discrete dicantur, l. 5. §. 1. ff. de pignor.  
Et *hypoth.* *successor. n. 91 §. 7. Inst. de AB.*  
*Christ. D. P. horig. loc. cit. n. 6. Manz.*  
*n. 11.*

Dixi IV. *In securitatem debiti*; quibus  
verbis distinguitur à cæteris contracti-  
bus, re inus; *mutuum* enim & *commoda-*  
*tum* rei usum; *depositum*, rei depositum  
custodiam: solum vero pignus *securitatem*  
debiti concernit. *Harp. n. 9.*

#### AD VERS. QUA.

Explicatur in hoc versiculo effectus pi-  
43 gnoris, qui est *Actio*, quæ duplex est.  
*Directa* & *contraria*. *Directa* est, quæ  
debito, integrè solutâ, datur debitori;  
ejusque hæredibus adversus creditorem,  
ejusque hæredes, ut res pignoratita resti-  
tuatur. *Sec. sub hoc* ex *Harp. n. 307.* Dixi  
*integre*, quia quantum debitum non uni-  
versum solvitur, ut quantum aliquid,  
vel modicum ex solutione debiti restat;  
pignus non liberatur. *§. 3 de pignorat.*  
*ad.* Sicut enim particularis scilicet non  
relevat debitum, l. 13 §. 8. ff. de ad.  
*empt.*

empe itaque non liberat pignus, l. 19. §. de pign. Et hyp. l. h. Mart. n. 27.  
 Dicitur, an etiam pignoratitia da-  
 43. tur, et tunc terminum possessionem detur?  
 Necesse est, quia actio hæc personalis  
 est, utpote dante dens ex contractu;  
 ergo non datur, nisi contra eum, cum  
 quo contractum, non est autem con-  
 tractus cum tertio. Zif. §. de pignorat.  
 ad. n. 5. Facti tamen solutione primo  
 creditor, vel alii et dati satisfactione,  
 pignus quod utrumque permittitur Nec  
 datur, ut si pignus ad retinendi, vel  
 perle pignus pignus l. debitor. 40. ff.  
 de e. cum, solutio fute excedentem,  
 refectur etiam Jus accipientis, l. Si  
 ex alio §. 2. ff. de in diem ad-  
 de. exp. n. 3. de donat. inter vir. Et  
 21. l. 2. ff. de iur. iur. 6. ut. R. Comel.  
 272. Ut proinde debitor, re. a suam etiam  
 à tertio possit, fute vindicare, non prohibe-  
 atur ita iudicium ab excessu Austria  
 Regimine in causa. Et debet pignus contra  
 Carl Hleiser, ibi Welcher &c. l. e. Qui  
 sub pignore castrea aurea acir civitas ipsa  
 pignus Augustino Ruffen pro 80. §. oppigne-  
 raverat, ipse ad petitionem de. l. Augustini  
 priori cre. torum, pecuniam §. 160. cre-  
 diderat. Nepobat Remseville castreum  
 mibers petenti restituere, no prius 150.  
 §. fide numeratuntur. sententia de 14.  
 Septemb. 1739. publicata, iudicatum est:  
 Non iure a Remseville regis iudicem ca-  
 streum aurea, ad petitionem Augustini Ruffen  
 soluti non 50. p. pro quibus ipse castre-  
 um oppignerat, et Augustinum an. l. e.  
 debitorum: Item proinde obligari ad  
 restituendum pignus, et tamen de residuo  
 satum prius rem esse in bona debitoris sui  
 Augustini Ruffen.

44. Caterum si creditor ex re oppigne-  
 rata fructus percepit, illos tenetur com-  
 putare in sortem, l. 1. Et 2. Cod. de pi-  
 gnorat. ad. l. 2. §. de pignor. Unde, si

creditor tantum ex fructibus percepit,  
 quantum est debitum, pignus ipso fute  
 liberatur. l. 1. Cod. de d. 3. an. pign. Fructus  
 enim percepti ex pignore, lucro cre-  
 ditoris non cedunt, sed computantur in  
 sortem, cap. 6. de pignor. eamque ex-  
 tenuant, hoc est, exonerant primo ul-  
 ram, deum sortem. S. lineid. hic. num. 17.  
 Adm. p. 5. dec. 382. Neguizant de pignor.  
 no ub. §. par. 5. num. 12. Arment. in l.  
 2. Cod. de pignor. ad. ubi ait: hoc pro-  
 cedere, si fructus consumpti sunt a cre-  
 ditore; nam, si extant adhuc, non ex-  
 tenuant sortem. Si Contrary. Cod. l. 2.  
 sed repetuntur per se actione pignora-  
 titia. 22 §. 2. ff. eod. Illud verò silentio  
 premere non potui, quod in casu, quo  
 mutuum à te petitur, & debitor tibi hy-  
 pothecare velit fundum, consultus sis,  
 ut fundum non accipias pro hypotheca,  
 sed satagas, ut fundum tibi vendas cum  
 pacto retro vendendi: nam, si fundum  
 pro hypotheca accipias, fructus, ex  
 eo percepti, lucro debitoris cedunt;  
 secus, si eundem emas cum pacto re-  
 tro vendendi, hæc enim casu fructus  
 tuos facis. Schuid. loc. cit. Zif. §. de re-  
 tractu n. 25.

Actio contraria est illa, quæ datur  
 creditori adversus debitorem, ut præstet  
 id, quod sibi ratione pignoris abest,  
 v. g. si quas impensas fecerit, l. 8. §. de  
 pignor. vel si propter rem alienam, vel  
 viuosam oppigneratam, damnum passus  
 sit. l. 10. l. 31. §. eod. Harp. n. 314. Zif.  
 §. de pignor. n. 13. Et seqq.

#### AD VERS. SED QUIA.

Quaritur hic, ad qualem culpam cre-  
 ditore teneatur? Quando quidem iste  
 contractus utriusque gratiam respicit, &  
 quidem debitoris, ut ejus necessitati  
 consulatur; creditoris verò, ut ei ma-  
 jor



gis in tuto sit creditum. Ideo creditor non tenetur nisi de dolis, & levi culpa; ex regula, supra de commutato tradita. Culpam levissimam, viam sapienter, aut casum fortuitum non prestat excusator. l. 23 ff de R. J. Ratio, quia reus quilibet pignori suo domino, debitor autem pignori dominus manet. *Manz. num. 26. H. a. senb. in parat. de pignorat. act. n. 7. L. n. f. col. num. 12.* Nisi sit alius conventus inter partes, ut scilicet antea res oppignerata liberetur reborum. l. 5. c. 6. *Col. de pignorat. act. Perez. ibid. n. 15.* Aut, nisi culpa casum præcellerit; culpa enim sua cuique nocet. Libi

46 Quæritur I. Quid Juris? si creditor dicat, se rem, pignori commissam, amisisse, debitor vero contendat, propriam creditorem culpam si unam contigit? Cuiam incumbet onus probandi, rem culpam, vel absque culpa amissam fuisse?

Libri tertii in expeditum in hoc articulo, & plena utilitate. *Quæritur II.* Creditorem pro re debere, absque sua culpa, & rem, pignori datam, amissam esse. Ita *lact. n. 1 col. 87. Fuggerwald ab. l. 92. num. 7.* Vide etiam *Corp. part. 2 col. 26. def. 17. Mascard. de probat. C. n. bi. 87. Gail. lib. 2. Obs. 21. Wirsch. part. 1. l. 36. & pro hac Opinione expressè iudicatum est ab *Excell. Rej. in. Astrit. ult. Novemb. 1655. Duc Fran. &c. 1. e. Reg. in omnibus causis pro probandi de pignorat. qua (ut in actis scriptum est) accepta, non minus dampnata ac res proprias curasse: eaque citra suam culpam ablata esse.**

Porro, pignus quoque nonnunquam oneratur pactis, quorum potissimum duo occurrunt.

47 Primum est pactum *Anastheseos*, quod nihil est aliud, quam conventio, quod id agitur, ut liceat creditori re oppigneratam, seu, donec debitum solutum fuerit. *Hannold. tom. 4. tract. 10.*

n. 928. Hoc pactum Jure civili, licitum est, & permittitur. l. 4. § 17 ff de us. n. Ratio ponitur incertitudinis fructuum, & incertitudinis usurarum leguminarum. l. 11 § 1 ff. de p. n. & hypoth. ubi verbis: *non ut usuras fructus percipiat.*

At, de Jure Canonico ejusmodi pactum, tanquam usurarium, repræbatur, *cap. 6 de de j. n. s.* Ratio quia ista est quidquid ultra sortem accipitur (intellegendo, sortis nomine, etiam *lucrum cessans*, & *damnum emergens*, & quidquid, à credere Jure potest æstimari, & actione pignoratitia peti) atque, si fructus reventur ex pacto, præcisè titulus necem eventus fructuum & pretii, quidquid acciperetur; & quicunque fructus essent, ultra sortem essent, ergo pactum de illis percipiendis usurarium foret. *Hannold. loc. cit. vide L. 4 ff de pignorat. act. Gail. lib. 2. Obs. 2. pulchrè Car. l. D. D. Franz. h. l. n. 22. & seqq.*

Se. undum pactum vocatur pactum commutatum, & est illud, quo inter Debitorem, & Creditorem convenit, ut, debuit, intra certum tempus non solvitur, res oppignerata pro quantitate debita creditori commutatur; hoc est, ejus fiat hæc pactum, cum eidem sæpè insit fraus intolerabilis, utporè injustum, iniquum charitati proximi diametraliter contrarium, & labi usurarum obnoxium. sive ab initio, sive ex postfacto adjectum fuerit, non tantum à Jure civili, l. 3 *Col. de pact. pignorat. vel in etiam canonico, cap. 7. de de pignorat. prelatum est.* Ratio hujus prohibitionis est, quia pignus ferè semper excedit in valore debitum, & debitor in necessitate constitutus, ad quævis pacta faciliè flectitur, ut huc dumtaxat consula necessitati. *Clariss. D. P. Romig. ad Decret. de pignorat. num. 24. Gonzalez. in cit. cap. 7. Hannold. li.*

*he. cit. num. 929.* Qui omnes admittunt, quod si creditor ita pacisceretur cum debitore, ut, debitū intra tempus non solutū, pignus creditori juxta

boni viri arbitratum pro justo pretio vendatur, non contraheretur usura, *l. 16. §. fin. de pignor. & Eugh. tit. de pignor. num. 10.*

## T I T U L U S XVI.

## DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

## S U M M A R I A.

## A D P R I N C I P I U M.

- 1 *Connexio.*
- 2 *Definitur stipulatio.*
- 3 *Enumerantur requisita stipulationis.*
- 4 *Quare stipulatio inventa fuerit?*
- 5 *Ex si polatu oriuntur due actiones.*
- 6 *Stipulatio potest, & sub conditione recte contrahitur.*
- 7 *An stipulatio pura sit: decem aureos annuos dare sponder, quoad vram?*
- 8 *Quid, & quomplex sit conditio?*
- 9 *Conditio potestativa, negative concepta, quid operetur?*
- 10 *An cautio Mutiana in contractibus locum habeat?*
- 11 *Spes, debitum iri, an transeat ad heredes?*
- 12 *An, factum promittens, teneatur praeiudicium ad factum?*

## C O N N E X I O.

**V**idetur, quod sint contractus, qui Re celebrantur. Sequitur secunda species contractuum, qui Verbis contrahuntur. Ubi alio verice eminet *Verborum Obligatio, & stipulatio.*

Dicitur autem *Verborum obligatio*, non quod in aliis contractibus non etiam requirantur verba, sed, quia in hoc Contractu non quaecunque Verba sufficiunt: sed talia, quae debita solennitate constant, puta, *Interrogatione & Responsione. Manx. n. 3.*

*Stipulatio definitur*, quod sit contractus nomenclatus, Juris civilis, & stricti Juris, ex interrogatione sonus, & congrua secuta responsione alterius resultans. Ex quo colligitur, ad validitatem stipulationis requiri

**I. Interrogationem, & Responsionem.** **3**  
Nam, si quis alteri praesenti ex lucrative causa aliquid promittat absque praecedente *Interrogatione*; non stipulatio, sed Pactum nudum erit, de Jure communi non producat *actionem*, aut efficacem *Obligationem*.

**II. Interrogatio debet precedere, & subsequi Responsio**, ita, ut, si responsio precederet, stipulatio invalida redderetur. Ratio, quia hic ordo requiritur de *Forma*; forma autem neglecta, quidquid agitur infirmum est. *Schneid. num. 19. hic.*

**III. Requiritur Verba**: Unde sequitur, inter *Absentes* stipulationem non contrahi. *Lu. vel. §. I. hic.* neque tunc oriri hunc contractum, si quis interrogat, *promittis?* & alter capite tantum annuat. Ratio, quia forma neglecta, quidquid sequitur, infirmum est. *Manx. num. 7.* requiritur ergo, ut *Interrogatio* precedat, & congrua *responsio* subsequatur, v. g. hoc modo *promittisne, mihi dare centum?* respondeat: *promitto.*

- 4 Adinventum est stipulatio, reliquarum obligationum firmandarum causa. Pacta enim nuda obligationem efficacem non produciunt, nisi stipulatione munita sint, l. 45. ff. de pact. Item contractus innotuati ante implementum ab una parte penitentiam admittunt; sed quando stipulatio intervenit, etiam ante implementum efficax obligatio oritur, l. 3. Cod. de ver. permutat. Schneid. n. 9.

## ADVERS. EXQUA.

- 5 Ex contractu stipulationis duae oriuntur actiones, videlicet, *Condictio certi* & *actio ex Stipulatu*. Condictio certi tunc confluit, si certum quid in stipulationem deductum sit, v. g. *Equus meus* *Butyphus* *decem amphora Vinikbemensis optum*.

Actio ex stipulatu datur, quando aliquid incerti in stipulationem deductum est; non quidem ex toto suo genere, sed ita incertum, ut ex circumstantiis, vel relatione ad aliud non appareat, *quid*, *quale*, & *quantum* sit? v. g. si quis mihi promissit equum in genere, vel generaliter, decem amphoras vini. Hic enim, etsi appareat, *quid* sit promissum, scilicet *Vinum*, & *quantum*, scilicet 10. amphorae, tamen non appareat, *quale*? *Manz. n. 21.*

## §. IN HAC. I.

Imperator in hoc §. declarat, quibus verbis stipulatio *h. de* contrahatur re-jecti solennitate verborum, quae olim ad contrahendam stipulationem necessaria erat. Nam, omni per quaecunque verba fiebat interrogatio, per eadem: & non alia oportebat, fieri Responsionem (veluti *penitit? promitto. Dabis? dabo*, & nec poterat fieri per verbum *aequipollens*; sed haec sollemnitas hodie sublata est. Unde ex hoc §.

*Colliges I.* Quod stipulatio contrahatur quibuscunque verbis, modo sint *apta ac congrua* ad interrogata, & responsa, interrogatioque praecedat & sequatur responsio. *Mens enim, non Verba* consideranda sunt, l. 16. Cod. de *Fidei Commis.*

*Colliges II.* Quod diversitas linguarum non vitet stipulationem, ut si quis *l. tunc* interroget, alter *grace* respondeat, dummodò contrahentes se invicem intendant vel per *interpretum*. *Text. hic. & Schneid.*

## §. OMNIS. 2.

Stipulatio contrahitur vel *pure* (quando neque *dies*, neque *conditio* adjicitur) vel non *pure* (quando vel *dies*, vel *conditio* adjicitur) Unde,

Si *pure* stipulatio unita sit, tunc, statim *cedit*, & *venit dies*, id est, statim *debetur* & *exigi* potest consensum, quod promissum est, l. 213. ff. de *V. S.* quod ipsum tamen cum temperamento, & grano salis intelligendum est; creditor enim etiam non statim, cum sacro paratus venire debet, l. 105. ff. de *solut.* *Schneid. n. 8.* sed, *miserationis causa*, promissori tempus aliud ad solvendum indulgetur. Quale autem tempus sit, in Jure expressum non est; adeoque arbitrio Judicis, secundum personarum qualitates determinandum, relinquitur; quia omnia in legibus expressis non definita Judici determinanda, committuntur. *Manz. n. 5. hic.*

In tribus tamen casibus reperitur Tempus, à Jure expressum, l. in *Constitutio*, ubi debitor ante 10. dies non potest conveniri, l. 21. ff. de *constit. pecun.* II in *dote*, quae intra annum est solvenda, l. 1. §. 7. Cod. de *rei ux. act.* III in *Rg. judicata*, quando quis per sententiam condemnatur, dilatio *quadrimestris* ad solvendum ei concessa est *Schneid. n. 5.*

Stipulatio

*Stipulatio* in diem dicitur, quæ differtur in solutione gratiæ, diem habet adjectum, quo pecunia, vel alia res promissa solvatur, v. g. 10. *Aureus proinde Calendis Martiis dare spondes?* Hæc casus mox quidem cedit, sed non venit dies, id est, debetur quidem statim, peti tamen non potest, priusquam totus ille dies elapsus sit.

*Dicitur* Si juxta dicta mox nascatur *Obligatio*; ergo & *Actio*, quæ peti potest, quia posita causa necessaria, statim ponatur effectus. R. nasci quidem innox actionem, sed non exacti nem, siquidem actio illa exceptione elidi potest, nimirum hæc: quod *plus tempore* petatur. *Schamb. hic.*

### §. AT SI ITA. 3.

Pro *utile*? i hujus § tres casus principales notandi sunt I. Er, quando sic stipularis: 10. *Aureos annis 5, quoad vitam dare spondes?* Ex hic est propriè casus §. nostri. Sed, an talis stipulatio pura erit? *D* *certum* quod non, quia diem, siue *tempus vite* habet adjectum. Verum, ait hic Imperator, hanc stipulationem eff: *param*, & *perpetuam*. Pura quia ex ea stipulator confestim agere, adeoque decem initio statim, cujuslibet anni petere poterit. 56 §. 4 ff. b. Si quidem tempus hic non differenda, sed potius multiplicanda solutionis, gratiæ, & sæpius reiteranda puræ obligationis causâ adjicitur, l. 10. ff. seqq. ff. eod. Dicit: *initio statim cujuslibet anni* Ratio hujus est, quia tempus adjectum est in favorem Creditoris, non Debitoris; in ipsius ergo facultate depositum est, an statim petere velit? Nisi fructus singulis annis de quodam suo essent præstari di, nam tunc expectantium ostendat e fructus ex fundo percipiuntur, l. 25. §. Pater ff. Quando dies leg. ced. *Schneid. num. 1.*

*Etia ad l. i. titata.*

Perpetua est ejusmodi stipulatio, quæ in stricto Jure transitoria ad hæredes: transitoria autem ad hæredes idem est, quia tempus (utpote *vite*) non est modus tollendæ obligationis (utpote *Juris*) l. 44. §. *Placet ff. de O & A.* Verum, si hæredes stipulatoris à promissione 10. annis, petant, eos, propter appositâ verba, quoad *vitam*, per exceptionem repellit; tacite etiam per illa verba, quoad *vitam*, conventum videtur, ne ultra *vitam* fieret præstatio. *Schamb. l. r. Minz. n. 6.*

II. Casus est, quando sic stipularis, 10. *Aureos, quoad vitam, dare spondes?* Hæc casus pure obligatio confurgit, & stipulans tota 10. non annuatim præstanda, sed simul petere potest; quia pro tota vita unica tantum 10. debentur, & non plura, l. 56. §. 4 ff. b. 2. *Schneid. num. 2.* Et, licet in stricto Jure hæc obligatio transeat ad hæredes; æquitate tamen conventionis propter appositâ verba promissor hæredes stipulatoris per exceptionem repellit. l. 44. §. 1. ff. de O. & A. *Schamb. hic.*

III. Casus est, quando quis stipulatur à Cajo Aureos annuos, non adjectis quoad *vitam*; tunc sine dubio non unico, sed singulis annis decem debentur, & quia pura est obligatio, peti possunt ab initio anni, cum tempus adjectum sit in favorem creditoris. *Schneid. n. 3.* Et hæc obligatio, quin transitoria sit ad hæredes, non ambigo, l. 16. §. 2. ff. b. 2. quibus enim, non tantum sibi, sed etiam suis hæredibus pacificando prospicere, intelligitur. *A. cedit*, quod ratio, propter quam exceptionem in primo, & secundo casu dedimus, hoc in casu cesset. *Schneid. num. 4. Harp. n. 8. Schamb. hic.*

*Dicitur* si quis decem aureos annuos leget, legatum non transit ad hæredes, Non sed

sed morte legatarii expirat, d. l. 16 § 1. ergo in nostro casu dicendum est. *Con. aut. neg. confeg.* Ratio differentia est, quod testator tantum voluerit bene facere per suam legatarii, in contractu autem non tantum nobis, sed etiam hæredibus nostris prospiciamus.

#### §. SUB CONDITIONE. 4.

8 Lubeat latius non nihil in hunc §. ob sui *Utilitatem*, excurrere, ac *Naturam conditionum* exæctius perspicere.

*Conditio* est *Eventus quidam futurus, in quem Dispositio suspenditur.*

*Conditio* variè dividitur; quædam enim est *propria*, quædam *impropria*. *Propria* illa dicitur, cujus eventus est contingens. *Impropria*, quæ quidem *Figura* & *Speciem* conditionis præ se fert; *Potestatem* tamen, ac *Potestatem* ejus non obtinet: qualis est illa, quæ vel in *presenti*, vel *præteritum* concipitur.

*Conditio* propria quædam est *necessaria*, quædam *impossibilis*, quædam *possibilis*.

*Conditio* necessaria est vel *certa omnium certitudinis*; vel *non est certa omnium certitudinis*. *Præter* est, quæ habet causam certam, & infallibilem, v. g. *si sol cras orietur*. *Posterior* est, quæ habet quidem causam certam, & infallibilem, sed tempus valde incertum, v. g. *si Cæsar morietur*.

*Conditio* impossibilis est vel talis *naturæ* vel *fiere*. *Naturæ* talis est, cujus existentia naturæ repugnat, v. g. *si calens digressus tetiger*. *Jure* impossibilis est, cujus existentia honestati & bonis moribus adversatur. Veluti: *si Titium maleveris dabo tibi 10.*

*Conditio* possibilis est, quæ habet se ad *utrumque*, quatenus *potest contingere*, vel *non potest contingere*. Hæc triplex est *potestativa*, *causalis* & *mixta*. *Potestativa*

est, quæ pendet ex mera voluntate ejus, cui præstatitur, veluti: *promitto tibi 10. si vinum vel vinum feceris*, puta, mimice ut nunc placaveris; est enim in tua potestate, & facultate, num illum placare velis?

*Causalis* est, quæ dependet ex casu, & fortuna, v. g. *promitto tibi 10. Si Iulij ratum Turcæm videris.*

*Mixta* est, quæ participat aliquid de potestativa, & conditionali, sive, quæ partim dependet ex tua voluntate, partim ex casu, veluti: *promitto tibi 10. si redieris ex Gallia*. Hæc *conditio* dependet partim à tua voluntate, partim à casu, & fortuna; quia multi casus acciderè possunt, quo minus, etiam si velis, redire possis. Datur & alia *conditio*, quæ mixta vocatur, quæ partim ex tua, partim ex alterius voluntate pendet, v. g. *spondeo tibi 100 si Titum duxeris*. His præmissis,

Redeo ad Textum, & dico, quod sub *omni conditione stipulatio* fieri, & tam *affirmativa*, quam *negativa* concipi possit. *Affirmativa*, veluti: *promitto tibi 10 si Cæsar hoc anno redieris in inferiorem Germaniam*. *Negativa*, veluti: *promitto tibi 10 si Cæsar hoc anno non redieris in inferiorem Germaniam*. Et, si stipulatio taliter contracta fuerit, tunc ante existentem conditionem neque creditur neque venit dies, l. 213. ff. de V. S. siye (ut Schneid. loquitur) neque *Actio*, neque *Obligatio* nascitur. *Ratio*, quia, sub conditione promissa, non ante pariunt obligationem, quam *conditio* existerit, d. l. 213 & quod est in conditione, non est in obligatione, arg. l. 8 ff. si quis omisit. *cons. res. Anton. r. § 11.* Quod *dictum*,

*Limitatur* I. Nisi sit *Conditio impropria*; vel *necessaria*. Num talis *conditio* impropria, quæ videlicet in præsens tempus, vel præteritum concipitur, veluti:

luti : *promitto tibi* 10. si *Caesar hoc mense fuerit Augustus* ; vel *jam est Augustus* : non suspendit obligationem , sed habetur pro para , l. 37. cum seqq. ff. si cert. petat. Ratio , quia , quæ certa sunt , obligationem non morantur

Idem ex eadem ratione dic de conditione necessaria ; hæc etiam pro para habetur , l. 9. §. qui sub cond. ff. de usat. Schneid. n. 13.

*Limitatur* II. Nisi sit *Conditio impossibilis Naturæ* , vel *Jure* ; talis enim stipulationem vitiat , §. 11. *Inst. de inst. stipulat.* Ubi hujus rei rationem stabimus.

*Dicitur* : *Conditio impossibilis* non vitiat actum ultimus voluntatis , sed habetur pro non adjecta , l. 1. §. 6. ff. de hered. inst. ergo neque vitiat actum inter vivos. *Conc. aut. neg. conseq.* Disparitas est , quia testamentum ab uno , contractus a duobus celebratur. Si promissa contractui adjecte sint conditionem impossibilem , vitatur contractus ; sibi enim imputare debent contrahentes , quod suo contractui legem clariorem non dixerint. Secus est in ultima voluntate ; ubi solus testator concurret , qui , si conditionem impossibilem testamento adjectæ sit , hæredi nulla potest culpa imputari , proinde , ut voluntas firmetur exitum , Jura talem conditionem pro non scripta reputant. *Harp. §. 11. Inst. de inst. stip. n. 4. Ching. bte. q. 11. obje. 1.*

#### AD V. SI QUIS ITA.

Dictum supra , conditionalem stipulationem posse etiam negativè concipi , sive sit conditio casualis , sive potestativa. Jam hic ponit Imperator Exemplum conditionis potestativæ , negativè conceptæ , puta , si in *Capitolium non ascendero* , 10. *hæc spondeo* ? Et dicit , quod perinde sit , ac si stipulatus fuero : *spon-*

*desse dare* 10. *cum moriar* ? Itaque ante mortem meam nihil à promissore peti potest ; *Ratio* , quia in conditionalis stipulatione non potest agi , priusquam conditio sit purificata : atqui ante mortem meam non potest purificari ( quia nunquam certum , planumve fiet , me non ascensurum , nisi cum moriar , si enim in hoc non ascendere possum ) ergo. *Schneid. huc. vers. n. 1. Mart. hic. n. 10.* Ex his

*Collige* , quodd conditio potestativa , negativè concepta , ante mortem nullam producat obligationem , neque actionem.

*Quæritur* , an *Conditio Mutua* in contractibus locum habeat ? Nota si alicui legatum sub condicione potestativa , negativè concepta relictum est , puta , si *Capitolium non ascenderit* : tunc legatarius per Fidejussorem cavere potest , se nunquam ascenditum ; si verò ascenderit , se legatum , unà cum fructibus , restitutum. Et hanc cautionem hæres tenetur acceptare , legatumque legatario extradere. l. *Mutua. 7. de l. 73. ff. de condit. et demonstr.*

Jam *queritur* : anne ista cautio habeat quoque locum in contractibus ? *§. Negativam communem esse Ratio diversitatis* hæc assignatur , quia in contractibus sibi imputare debet , qui conditionem hanc adjicere passus fuit. *Ludwel. mss. huc.* Aliam rationem differentiarum adornat *Brunn. in d. l. Mut. 7.* quia ( inquit ) in contractibus obligatio conditionalis ad hæredem transmittitur , non verò legata conditionalia , l. *un. §. fin. autem aliquid sub. condit. Cod. de caduc. testand.*

#### AD V. EX CONDITIONALI.

Dictum supra , effectum stipulationis , sub conditione contr. Etæ , esse , quodd , antequam exat conditio , neque obligatio.

gatio, neque actio nascitur: tantum spes sit, pendente conditione, debuium iri; sed

Jam *querimus*: si stipulator decedat ante eventum conditionis, an transmittatur illi in spem ad heredem? *Dixerit* quid non; quia legatum legatario ante eventum conditionis decedente ad heredem non transmittitur, d. l. 1. §. *Si autem* ergo nec debuium ex stipulatione.

Verum, hoc non obstante, statuit hic Imperator, spem, debuium iri, in heredes transmitti. *Ratio*, quia sicut in Jure nostro spes fingitur loci rei, l. 8. ff. de contrah. emp. Et vend. & quod est in spe, perinde habetur, atque si esset in re. Ratio alia, quia spes, debitum iri, vendi potest, ergo & transmitti. Antecedens patet ex l. 8. §. 1. ff. de contrah. emp. Ad rationem dubii ndi R. Cor. aut neg. confeg. Differentia ratio est, quod in stipulationibus, aliisque contractibus, contrahentes non tantum sibi, sed & heredibus suis prospicere velle, videantur, l. 9. ff. de probat. legata vero, ob meritum aliquod, obveniant. l. 9. ff. pro socio. Adeoque testator, legatario tantum, non etiam heredibus ejus consulere voluisse, existimandus est, *Ludov. l. his.*

#### §. L. e. a. 5.

Supra dictum est stipulationem quandam esse in diem: & in tali stipulatione in diem quandoque dies est expressa (de qua dictum) quandoque vero tacita (de qua hic) veluti, quando solutio collata est in certum quendam locum, ut: *promittisne, mihi dare 10. Norimb.?* Hoc casu tacite inest tempus, quo commodè id perire possis. Rursum adhuc observa, si tempus, adeo angustum, stipulationi adijcitur, ut impossibile sit, intra illud tempus illuc

pervenire, quod stipulatio nulla sit, & irritetur, veluti: *promitto, hodie Roma dare 100.* quia impossibile est, uno die Viennā Romam venire. impossibilis autem conditio omnes contractus vitiat, l. 31. ff. de O. Et A.

#### §. CONDITIONES. 6.

Explicationem hujus § ex jam deductis habes, ubi diximus: conditionem aliam esse propriam, aliam impropriam. De impropria id iuris statuimus, quod pro pura habeatur; quæ enim per rerum naturam certa sunt, obligationem non morantur.

#### §. NON SOLUM, FIN.

*Queritur* in hoc § quæ in stipulationem deducantur? R. non solum Res, sed etiam Facta in stipulationem deduci: v. g. *promittis librum scribere? domum aedificare? vel alia negotia gerere? vel hic, vel ibi domum facere?* Cæterum, si stipulatio facti contracta fuerit, tunc conditio hic Imperator, stipulationi poenam subijcere, in casum solvendam, quo factum non impleatur. Nam si promittens factum non præstet, tunc plerumque devenitur ad præstationem interesse, quod stipulator probare debet. Jam verò, cum interesse consistat in facto, & difficilis plerumque sit probationis, ratione huius cessantis, & damni emergentis: Ideo præscribit Imperator tale consilium, ut is, qui factum stipulatur adijciat certam, & definitam aliquam poenam, quæ in locum ejus, quod interest, succedat, v. g. in hunc modum: *promittisne, mihi aedificare domum? Et usque intra annum hoc feceris, promittisne, poenæ nomine, 100.?* Ratio hujus consilii in textu hæc affertur, ne scilicet quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus interest,

Interfuit quasi diceret Imperator, quia, si poena non fuerit adjecta, æstimatio facti incerta erit quoniam facta ab aliis pleris, ab aliis minoris æstimari solent. *Id. hinc. d. n. 7.*

Controversatur, an is qui factum promittit, id præcise tenetur præstare, ut, offerre id id, quod interest, non liberetur. *¶ I. ex stipulatione dandi præcise quis ad dandum obligari, &c., præstando interesse, non liberari.* Hunc sententia communis Harmonia D. D. accipiunt, puta, *Giese tr. de po. §. n. 22. Harp. prim. l. h. e. n. 59 Schamb. & Schneid. l. c. Manz. v. 4 l. c. Humm. var. resol. l. 3. tra. 4. quæst. 14.*

Natura hæc sententia I. l. 75. §. fin. ff. de V. O. ubi dicitur, quod, datione fundi Tusculani, in stipulationem deducta, ejus dominium omnia no. debeat in stipulationem transferri. Ratio hujus datur, quia stipulatori jus, ad rem aliam dandam, quæsumus est; aliud autem pro alio invito creditor non obtrudatur, l. 2. §. 1. ff. de R. C. ergo.

Natura II. valde text. l. 35. §. fin. Cod. de donat. ubi dicitur, quod promissione factam necessarius translationis effectus debeat sublequi, & donator necessitatem habeat omnimodè rem contrariam tradendi.

Natura III. hac inexpugnabili ratione, si ex stipulatione dandi quis non præcise obligaretur ad dandum, tunc posset v. g. venditor rem sui venditam, licet, ac sine omni culpa alteri vendere. Nam secunda venditio non esset, contra jus primi emptoris, utpote, qui non haberet venditorem, ad ipsam rem venditam tradendam, determinatè obligatum, adeoque, posset venditor utrique contractui satisficere, ac primo quidem emptori interesse solvere, alteri verò ipsam rem tradere; sed consequens

repugnat, l. 21. ff. ad Leg. Cornel. de falsi. de qua dicitur, quod is, qui rem duobus in solidum vendit, poena facti sit coercendus, ergo, &c.

¶ II. Non tantum ex stipulatione dandi præcise aliquem teneri ad dandum: sed etiam ex stipulatione facienda præcise promissorem ad præstationem facti teneri, & offerendo interesse, non liberari. Ita *Giese loc. cit. n. 23. Schamb. l. c. P. König. de solut. n. 19. Dissert. communis D. D. Scholz. putz. Bach. ad Treutl. vol. 1. Diss. 28. rb. 2. lit. E. Facb. l. 2. c. 30 Harp. prim. Inst. de V. O. n. 59. Humm. var. resol. l. 3. tr. 4. Quæst. 13.*

Nostri Sententia fulcitur I. Argumentis, qui factum promittit, obligat se ad ejus præstationem: sed, ad quod quis se obligat id præcise tenetur præstare, l. 1. ff. de constit. pecun. ergo qui factum promittit, tenetur id præcise præstare.

II. Argumentum sic adorno, qui in sponsalia, tenetur præcise Matrimonium contrahere; nec est in arbitrio debitoris, offerendo id, quod interest, à contractu matrimoniali se liberare. atque contractus matrimonialis est simplex factum; ergo falsum est, cum, qui factum promittit, satisfacere, si offerat id, quod interest. Item, qui matrimonium contrahit, tenetur omnimodè parti cohabitare, ita, ut non audiat, si id, quod interest, velit solvere; & tamen, certum est, quod cohabitatio sit factum simplex; ergo falsum est, cum, qui factum simplex promittit, posse se à contracta obligatione liberare, si offerat id, quod interest.

III. Sic dico: in obligationibus dandi, non potest aliud pro alio creditori invito obtrudi; sed præcise quis tenetur ad dandum, ideo videlicet, quia ipsi



ad rem promissam Jus quæsitum est; ergo etiam in obligationibus *faciendi* aliud pro alio invito creditori obtrudi non poterit; cum quic sit ipsi Jus quæsitum.

**Obj. I.** Eum, qui factum promittit, non obligare se *determinate* ad ejus præstationem; sed *alternativa*, ac *disjunctive*; puta, vel ad præstationem facti, vel *interesse*: æqui in obligatione *alternativa* non *Supulatoris*, *Creditoris*, aut *Adori*: sed *Debitoris* & *Rei* est *Lexio*, quodam ex illis præstare velit, l. 10. §. fin. ff. de eo, quod cert. l. hoc l. per Cod. de condi. indeb. ergo, si promissor factum præstare nolit, offerendo interesse, se liberare poterit.

**R. Neg. mi.** qui enim factum (v. g. *Imaginem pingere*) promittit, in promittit *simpliciter* & *determinate*, non *alternativa*, vel pingere imaginem, vel præstare interesse *Accedit*, quod *alternativam* obligationem debuit exprimere, si simpliciter se obligare non voluisset.

**De. c.** Penultimam facti implicite retinere ipsam conditionem: volo, ad præstationem facti, esse obligatus; nisi maline ad quod *interesse*, solvere. Sed contra est l. quod conditio, in mente retenta, nihil operetur, l. 7. ff. de condi. ob. conf. dat. Contra est II, quod tacite conditiones sine expressa Legis dispositione non sint temere adstruendæ, nulla autem est *Lex* quæ *Confirmatio* assignabilis, ex qua eum fundamentum possit deduci, quod, qui factum simplex promittit, conferi debeat, potestatem sibi reservasse, solvendi id, quod interest. *Glossa* loc. cit.

**Obj. II.** ad factum nemo potest cogi, cum enim facta membrorum, corporisque operâ perficiantur, nulli ratione possunt

ab invito extorqueri; ergo liberatur promissor, præstando interesse.

**R. I.** ex *Schub. conc. aut. neg. confeg.* inde non sequitur, quidd phisico compelli nequeat, enim liberari præstando interesse, potest enim creditor dicere: malo, ut perpetui obligatus maneas, quam, ut interesse suscipiam.

**R. II.** Quidd contractus matrimonialis, & individua vitæ consuetudo etiam non possunt ab invito obtineri; & tamen, quæ ad memorata facta se obligavit, tenetur ea præstare; ergo ex eo, quod factum aliquod nequeat ab invito obtineri, non sequitur, id promissum non esse præstandum. *Deinde*, etiam rei promissæ traditio nequit extra violentiam impressionem à reluctante haberi, & tamen plerique *Adversarii* (imò ferè omnes) nobiscum sentiunt, quodd ad *Dationem*, live ad *Traditionem* debitor præstare sit obligatus; ergo lubricus est fundamentum, cui adversarii innuntur.

*Accedit* denique, quodd Reverentia, parentibus debita, Gratiitudo, aliive similes virtutum actus ab invito nequeant obtineri, & tamen cadunt sub obligationem: ergo ex eo, quodd factum simplex ab invito non sit obtinibile, minus rectè inferitur, id, quodd in contractum deducendum, non esse determinate præstandum.

**Obj. III.** l. 72. ff. de V. O. illic in hæc verbis refertur; ubi, quod *ferri stipulatur*; si non fuerit factum, pecuniam dare oportet.

**R.** Textus hæc loquitur (& alios similes) de eo casu, quo implementum facti vel est impossibile, vel creditor ipse elogi interest præ factu, propter moram promissoris, *Glossa* loc. cit.

## DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

## SUMMARI A.

- 1 *Rei stipulandi, & Rei promittendi pariter dicantur?*
- 2 3 *Enumerantur requisiti ad hoc ut plures rei debendi, & stipulandi constituantur.*
- 5 *Duo rei debendi, ambo in solidum obligantur*
- 6 *An habeant beneficium divisionis?*

## CONTINUATIO.

**H**Actenus dictum est de Stipulationibus, quæ inter Singulos (non Plures) contrahuntur: verum, cum sæpe de a. pluribus persone intervenire soleant, tam à parte stipulantis, quam promittentium, ut unus pluribus in solidum obligetur; & contra plures uni in solidum teneantur: ideo hunc Titulum de Cor-Rei subijcit Imperator.

## AD PRINCIPIMUM.

**P**RO DISPOSITIO HUIUS MATERIE lucidiore Cognitione,

*Observa I.* Reos stipulandi dici illos, quibus eadem res in solidum debetur. Reos verò promittendi mancipari illos, qui eandem rem singuli in solidum debent, *Z. f. ff. b. l. n. 2.*

*Observa II.* Non tantum ex stipulatione, sed etiam in aliis contractibus (puta, *Emptio, Locatio, Depositum*; item & in ultimis voluntatibus) duos, vel plures Reos debendi constitui posse: cum hac tamen differentia, ut illi, quibus ex stipulatione aliquid debetur, *Rei stipulandi*, & qui debent, *Rei promittendi*; contra verò, qui ex alio contractu de-

bentur, *Rei credendi*, dicantur *Harp. n. 3.*

Porro, ad hoc, ut plures *Rei debendi* & *stipulandi* dicantur,

*Requiritur I.* ut *Rei stipulandi* stipulentur eandem rem, & quantitatem pecuniæ: & *Rei debendi* promittant, & obligent se ad eandem rem, vel quantitatem pecuniæ. Hinc, si ego à Titio stipuler 10. tu verò stipuleris ab eo Equum, vel alia 10. non dicimur duo *Rei stipulandi*. Et econtra, si Titius mihi promitteret centum, & Cajus promitteret mihi Vinum, vel alia centum, non eadem, quæ à Titio stipulatus sum; & Cajus, & Filius non dicerentur Cor-Rei debendi. Ratio, quia natura hujus contractus est. ut illud idem in obligationem deducatur, & diversitas rei debetur vitæ constitutionem duorum Reorum, *l. 35 ff. b. l.*

*Requiritur II.* Ut ex una, eademque causa fiat & Stipulatio, & Promissio à pluribus; nam & diversitas causæ, in obligationem deducit, duorum Reorum constitutionem. *in v. t. Unde*, si ego stipulor à Titio 10. ex causa Mutui, tu verò stipularis ab eo decem ex causa Emptionis: non tu nris Cor-Rei stipulandi. Sicut nec Cajus, promittens mihi decem ex causa mutui, & Titius alia decem ex causa emptionis, Cor-Rei debendi dicuntur.

*III. Requiritur*, ut quilibet in solidum promittat; hæc enim est principalis substantia, & natura duorum Reorum debendi, ut quilibet in solidum sit obligatus, alias, si quilibet pro parte tantum se obligaret, diceretur separatim debitor sine portionis *l. 2. ff. cod.*

IV. *Requiri-*

IV. *Requiritur*, ut quilibet eorum principaliter sit obligatus; secus, si unus principaliter, alter vero se accessorius obligaret. Nam tunc non essent Cor-Rei debendi, sed unus diceretur principalis debitor, alter vero, qui accessorie se obligavit, Fideiussor. *Schneid. Inst. hic.*

His ita *præcognitis* videamus, quomodo, & quibus verbis constituantur duo Rei stipulandi, & duo Rei promittendi.

Duo Rei stipulandi constituantur hōc modō: si Tullius interroget Sempronium, promittitne, mihi dare fundum Tusculanum? Et deinde ex modico intervallo, priusquam Sempronius respondeat, Cajus eum similiter interroget, dicendo? Sempronius, eundem fundum Tusculanum & mihi dare spondeas si postea Sempronius respondeat, dicatque: Utrique vestrum dare promitto; non est dubium. in hoc casu constitui duos Reos stipulandi. Illud autem nota, ut duo Rei stipulandi fiant, non debere Sempronium Tullio particulariter, & Cajo particulariter respondere (tunc enim essent diversæ Stipulationes) sed debere duos interrogationes præcedere, & unam tantum responsionem sequi. *Manz. n. 10.* Duo Rei promittendi constituantur hōc modō: *Meci, decem aureis dare spondes? & Sei, eodem decem dare spondes?* Si singuli separatim respondeant, *spondes*; vel simul respondeant, *spondemus*: non est dubium, quin hōc casu constituantur duo Rei promittendi; quia duo eandem rem, & quantitatem in solidum debent. *Manz. n. 19 b. i.*

Hodie, sublatā hāc verborum solennitate, his potissimum verbis duo Rei debendi constituantur: *sammentlich und sonderlich, Einer fur alle, und alle fur Einem, mit zugegebener Hand.* *Manz. n. 30. hic.*

## §. EX HUIUSMODI I.

*Effectus* huiusmodi stipulationum est, quod una sit obligatio in solidum, licet plures sint obligati, vel plures Creditori. Unde, uno ex debitoribus, seu Cor-Reis promittendi solvante, perit obligatio, & reliqui liberantur. Sicut ē contra si uni ex Cor-Reis stipulandi solvatur, reliqui, quod pretendunt à debitore non habent.

Illud certum est, quod si plures sint Cor-Rei, quem ego velim, convenire possim, l. 2. *Cod. b. s. sed*

*Quæritur*, an Cor-Reis non sit saluum Beneficium *Disjuncti*, sicut fideiussoribus? *Re. Inspectō Jure Digestorum, l. 2. §. l. 11. ff. b. s. & Jure Codicis l. 2. Cod. eod.* quod non Jure verō novissimē secūs esse, quod inspectō, hoc beneficium Cor-Reis debendi competit, *N. 89 cap. 1. & Auth. Hoc. 11. C. l. b. i.* & hanc sententiam communis usu forensi receptam esse, testes sunt *Gut. 2. observ. 14. Carpzov. Jur. for. part. 2. cons. 17. de finit. 14.*

## §. EX DUOBUS FI.

In hoc §. *queritur*, an ex duobus Reis promittendi, alius *prore*, alius in *diem*, vel sub conditione obligari possit? videtur, quod non: quia diversitas causæ, & quantitas, vitiat duorum Reorum constitutionem, ergo etiam diversitas temporis, sive conditionis adjectæ.

Verūm, hoc non obstantē, *Re. Imper.* quod Rei promittendi bene sic fieri possint, ut unus *prore*, alter in diem, vel sub conditione obligetur. *Ratio*, quia ista disparitas ad paritatem reduci potest, cum qualitas, disparitatem obligationem non faciat.

Ad rationem dubitandi &c. in priori casu identitatem rei, & causæ esse de Substantia constitutionis duorum reorum, ergo diversitas causæ hoc ipso constitutionem vitiat; tempus autem adjectum tantum est accidens quoddam

stipulationis; accidens autem non immutat rei substantiam. *Manz. n. 8.*

Dicta eatenus procedunt, ut in casu, quo unus parè, alter in diem, vel sub conditione promittit, à priori statim possit exigi, quia statim debetur; secus à posteriori, *text. hic.*

## TITULUS XVIII.

## DE STIPULATIONE SERVORUM

## SUMMARIA.

- 1 *Servum ex persona Domini rectè stipulatur.*
- 2 *Transit sit hereditarius.*
- 3 *Quidquid autem per stipulationem acquirit, non sibi, sed domino acquirit.*
- 4 *Filiam fam. acquirit patri.*
- 5 *Servus communis, cui acquirit?*

## AD PRINCIPIMUM.

**I** *Quæritur in hoc §. an Servi Stipulari possint? Videtur, quod non, quia stipulatio est contractus Juris civilis; servi autem de Jure civili habentur pro mortuis, l. 32. ff. de R. J. seu, quia stipulatio fit per verba; sicut ergo naturaliter, mortuus non potest loqui naturaliter, ita civiliter mortuus non potest loqui civiliter.*

Hoc tamen non obstante, *deciditur hic, quod servus Jus stipulandi habeat, non quidem ex Persona sua, sed Domini sui; sicut enim vox Filii vox Patris, ita vox Servi, vox Domini intelligitur, atq. §. 4. Inst. de inst. Stipular. Manz. n. 4. Dixi, Jus stipulandi; Jus enim promittendo servus non habet. Unde promittendo nec servus, nec dominus obligatur. Non servus, quia stipulatio est*

Juris civilis, cujus incapax est, *d. l. 32.* Non dominus, quia res nostra per servos melior fieri potest, deterior non etiam, *l. 133. ff. de R. J. Harp. n. 7. hic.*

## §. AD VERR. SED ET HEREDITAS.

*Quæritur ex priori Decisione, quis 2 statuitur, quod servus ex persona Domini stipulari possit; an etiam servus hereditarius, sive servus jacentis hereditatis stipulari possit?*

*Dixeris quod non. Ratio, quia servus stipulari non potest, nisi servus ex persona domini, atqui ex persona domini stipulari non potest, quia dominus mortuus est; ergo, &c.*

*Sed contrarium hic deciditur. Ratio, quia hereditas jacens in plerisque defuncti vicem sustinet text. hic. & in l. 36. ff. de A. R. D. Hinc talis servus, quidquid stipulatur, acquirit hereditati jacenti, per consequens futuro postea heredi.*

*Dixi: in plerisque quia in iis, quæ sunt vera persona esse nequeunt, & in quibus vivens persona requiritur, hereditas jacens defuncti personam non repræsentat. Sic servus hereditatis jacentis hereditatem adire non potest; requiritur enim jussus domini, §. 3. Inst. per quas personas cuique acquirit. Nec rectè*

*Kees ad Inst. Inst.*

O o o servus

servus hæreditarius usufructum stipulabitur, cum uti servitute non possit, nisi sit persona, quæ fruatur, d. l. 63. ff. de A. R. D. Schamb. hic. Sic quoque hæreditati jacenti furtum fieri non dicitur, l. 1. §. Scervola ff. si is, qui, testamento liber esse, jussus erit. Et c. Siquidem furtum requirit personam veram, cui fiat, cum invito domino fieri debeat, §. 6. infra de oblig. qua ex delict. nas. l. 40. de Furt. Harp. n. 10. dicitur tamen, fieri aliud crimen, nimirum expilatio hæreditatis, tot. tit. ff. de crim. expilat. bon. red. Masz. n. 16.

#### §. SIVE AUTEM. I.

- 3 *Queritur* hic, cui servus stipulando acquirit; & 2. quod acquirit suo domino, quandocunque stipuletur, puta, si domino, si sibi, si sive conservo suo, sive impersonaliter. Adeoque, si ita dicat: *dabisne mihi* 10. sive *dabisne domino meo?* sive: *dabisne conservo meo?* sive impersonaliter, id est, *dabisne* 10. semper, & perpetuo manet regula: *servus quodquid acquirit, domino acquirit.* Ratio jam erita est, quia ipse servus, cum in potestate alterius sit, nihil suum habere potest, §. 3. *Dist. per quas pers. cuique acquir.* l. 118. ff. de R. J.

#### AD VERS. IDEM JURIS.

- 4 Quod Juris Imperator statuit in Servo respectu Domini: idem Juris esse (a) in Filio fam. respectu Patris; ac nimirum & ille, quidquid acquirit, patri acquirit. Quod procedit in Peculio duntaxat profectio, & adventitio; quoad Usur-fructum. In *cystrensi*, & quasi tali (cum pro Patrefam. habeatur) patri non acquirit. Masz. n. 11.

#### §. SED, CUM FACTUM 2.

Quamvis dictum sit, quod servus: quidquid acquirit acquirit domino; id tamen *fallit*, si servus aliquod *Factum* stipuletur, quod factum Personam ipsius servi tantum respicit, v. gr. *ut sibi liceat ire, vel ambulare per fundum vicini.* Nam hoc in casu *Jus eundem* servus tantum sibi, non *Domino* acquirit, ita, ut Dominus vi istius stipulationis ire non possit. Ratio est, quia facta personalia ad alios transire non possunt, & quæ facti sunt, non acquiruntur domino. l. 44. ff. de condit. Et Masz. num. 2. Ratio rationis, quia facta naturaliter sunt, quorum servus capax est. Harp. n. 2.

Sanè, licet dominus non acquirit *factum* per suum servum, acquirit tamen *Jus*, ut per servum eat, hoc est, potest mittere, & jubere, servum ire per fundum. Sic etiam, si servus itinere impediatur, Actio, quæ est *Juris*, cujus servus capax non est, non *Servo*, sed *Domino* competit contra impediendum. Schamb. hic.

#### §. SERVUS FIM.

Servus communis (id est, qui duorum, aut plurium est dominorum) dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed proportionè dominica (hoc est, quantum quisque eorum Juris in servum habet) stipulando regulariter acquirit, l. Servus §. ff. hoc. tit. At, rem exemplò accipe: Ego, & tu *communi servum* communem 30. ff. quorum ego 10. tu 10. exposuisti Ego itaque duas portiones habeo in servo, tu tertiam. Jam, si servus stipuletur 300. fl. non acquiruntur tibi 150. (id est, portio virilis, sive æqualis) sed 100 duntaxat; mihi vero reliquæ 200. Ratio est, quia is, qui, plus

plus in Societatem contulit, plus Lucri ut ferat, æquum est, *l. 29. ff. pro Socio Harp. n. 2.* sed melior mihi videtur hæc ratio, quia causa Acquisitionis est Dominium, ergo pro qua parte servus illi acquisit, ut causatum respondeat sue causæ. *Manz. n. 4. hic.*

Sed Regula, & Decisionis nostræ Imperator in hoc §. tres ponit Exceptiones.

Prima est, si servus Jussu unius tantum domini stipuletur, tunc enim soli jubenti acquiritur: Ratio quia hic interdictum factum duntaxat unius; factum au-

tem cuique suum (non alteri) nocere; vel prodesse debet. *Manz. n. 6.*

Secunda est, si servus communis nominatum, & expressè uni ex dominis tantum stipuletur; actus enim agentis non operatur ultra intentionem ejus.

Tertia est, si servus rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit; veluti si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur, quia, quod semel meum est amplius meum fieri non potest, *Harp. n. 5. hic.*

## TITULUS XIX.

## DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

## SUMMARIÆ.

1. Stipulationes alie sunt judiciales, alie civiles, alie Prætorie, alie communes.
2. 3. 4. §. Explicatur, quid quavis sit.

**R**ecensetur hoc titulo Divisio Stipulationum, quæ quadrimestris, puta; quoddam Judiciales, alie prætorie, alie conventionales, alie communes (id est; tam Prætorie, quam Judiciales) sint.

## §. JUDICIALES. I.

1. Judiciales sunt, quæ à mero Judicii officio proficiuntur, hoc est quarum Author est Juxta à Prætoris datus; non verò Prætor ipse, non partes, inter se litigantes (v. g. Causa de Dolo) est judicialis stipulatio: etenim illa plerumque in judiciis, jubente Judice, præstari solet: ut si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicat, & metuat, non pendente Judiciò, res à fure corruptamur, reus cavere de dolo abfuturo in re

restituenda per Judicem cogitur, *l. 10. l. 41. ff. de R. V.* Sicque Judicialis est stipulatio cautio de persequendo servo, qui in fuga est. Hanc liquidem cautionem supp. Judex interponi curat, veluti si legatarius servum sibi legatum, ab hærede petat, hæresque eum in sui potestate esse, ut, quia sit in fuga, neget, hæres à Judice, servum suis sumptibus requirere, & legatario restituere, aut presium ejus præstare jubetur. *Harp. num 3. hic.*

## §. PRÆTORIÆ. 2.

Prætorie sunt, quæ à mero, seu solo Prætoris officio proficiuntur; sive quæ ex Edicto prætoris interponi jubentur, seu (ut ait Manz.) quæ extra formam Judicii nobili prætoris officio in genere præstari jubentur, & quando Judex præcisè ex hac causa aditur, ut tales cautiones interponantur, [v. g. si vicini sedes ruinam minentur, tenetur vicinus præstare cautionem de damno infecto, quam cautionem prætor sub hac forma

proposuit; quod nūti ex domo tua damnum accidere potest, dare spondes? l. 7. ff. de Dam. infest. Quod si alter cavere nolit, Prætor mittit in possessionem bonorum postulantiem ex primo Decreto, ejus finis est, ut vicino per talem custodiam, tadio eff.cto, extorqueatur Cautio. Quod si adhuc vicinus necdum cavere velit, pernitit Prætor ex secundo Decreto, ut vicini ædes possideantur ab eo, qui sibi cautum voluit, expe. lendo vicinum de possessione, l. 22. §. 20. ff. de dam. infest.

Alia Stipulatio prætoraria est, si alicui Legatum vel Fidei-commissum in diem, vel sub conditione relictum sit; tunc enim ( quoniam formido subest, ne hæres mediò tempore legatum dissipet, & ad inopiam deveniat ) Prætor jubet hæredem repromittere; sive cavere, se legatum soluturum, cùm dies venerit, aut conditio extiterit. Man. n. 6. Ad stipulationes prætorias referuntur Edictiæ,

talis est stipulatio simpla, vel dupla in casum evictionis, l. 56. ff. de Evict. Item, dum venditor de vitio, quod rei venditæ adesse timetur, cavere debet, l. 1. §. 1. ff. de Edict. Edict. Schomb. hic.

#### §. CONVENTIONALES. 3.

Conventionales dicuntur Stipulationes, quæ ex Conventione Partium quarum Res & Negotium agitur, interponuntur, & harum Stipulationum tot ponunt esse Genera, quot sunt Contractus; cùm omnibus contractibus, ad corroborandos eos, Stipulatio adjici possit. Schneid. num. 9.

#### §. COMMUNE. FIN.

Communes Stipulationes sunt, quæ jubente Prætoro, extra judicium, & interdum officio Judicis in judicio proponuntur, ut Cautio, rem Pupilli solutam fore quam præstat Tutor. Et Cautio de rato, quam præstat quicumque nomine alieno agit. Perez hic.

### TITULUS XX

## DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS

#### SUMMARIA.

- 1 An valeat stipulatio rei; quia non est in rerum natura?
- 2 Res sacra in stipulationem non rectè deducitur.
- 3 An res propria rectè in stipulationem deducatur?
- 4 Stipulatio, quia quid promissit, alterum daturum; an valeat?
- 5 Stipulatio, alteri per alterum facta, non tenet.
- 6 Solutio in personam alterum rectè constituitur.

- 7 Stipulatio, ex una parte parè & in altera conditionate facta, non tenet.
- 8 Inter patrem, & filium, servum & Dominum non valet stipulatio.
9. Mutum, & surdum non rectè stipulatur.
- 10 Nec furiosus.
- 11 Populus, sibi aliquid dari, rectè stipulatur.
- 12 Stipulatio an vitiat per conditionem impossibilem?
- 13 An rectè fiat inter absentes?
- 14 Stipulatio, præposita concepta, an valeat?

15 *An presumatur, praecepisse interrogatio, si in instrumentis sit mentio promissioni?*

16 *Simpliciter promittens, praesumitur omnia promississe, de quibus interrogatus est.*

17 *Si quis alteri stipulari velit, consultum est, ut penam adjiciat.*

18 *An stipulatio conditionalis transeat ad haeredes?*

19 *Si quis promittat, se hinc annis d. t. t. rum, quando teneatur dare?*

### CONNEXIO.

**H**ucusque quid, & quotuplex sit Stipulatio? & qua forma valde, utque utiliter fiat? Sequitur, quomodo inutiliter contrahatur? idque iteò ut Contraria juxta se posita magis elucescant.

### AD PRINCIPIMUM.

Hic traditur *universalis regula* de materia Stipulationum, qui statuitur, quòd omnes res, quae Dominio nostro subijci possunt, in Stipulationem deduci possunt, *mobiles illae sint, sive immobiles.*

### §. AT SE. I.

**I**n hoc §. *prima exceptio* ponitur, nam, si quis rem stipuletur, quae in rerum natura non est (ut homo mortuus, vel res extincta) nec esse potest (ut hippocentaurus, phryx, pegusus, chomara, &c.) Stipulatio inutilis est, *text. hic, & l. 1. §. 2. ff. de O. & A.* Quia impossibile nulla est obligatio, *l. 185. ff. de R. J.* adeò, ut nec debeatur aestimatio, *l. 39. §. ult. ff. de legat. 1. & §. 4. Inst. hic.* Estque Ratio, quia ubi res ipsa omnino non debetur, ibi nec ejus aestimatio praestanda, *ad. text. Hyp. n. 6.*

Dixi, *nec esse potest*; res enim, quae, licet in rerum natura non sit, si tamen esse possit, in stipulationem recte de-

ducitur. Sic id, quod in utro est, aut fructus futuri, Stipulationis Objectionem ponere, dubium non est, *l. 73. ff. de V. O.* quod enim in *spe* est, perinde habetur, atque si esset in *re*, *l. 8. ff. de contr. ali. empt. Manz. n. 3.*

### §. IDEM JURIS. 2.

Sicuti res, quae in rerum natura esse non potest, ita nec res *sacra, religiosa, publica, & liber bono* in stipulationem deduci possunt, cum, dominio nostro subijci, & proprietatis Jure nobis acquiri non possint. Et hoc adeò procedit, ut stipulatio non convalescat, licet res sacra, vel religiosa, talis esse desinat, & fiat profana, *l. 83. §. 1. ff. de V. O.* estque Ratio, quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit, *l. 1. ff. de Reg. Catoni l. 29. ff. de R. J.* Item stipulatio rei sacrae, religiose &c. sub conditione, si profana erit, &c. non valet, *d. l. 83. §. sacra* 5. casum enim talem, seu adversam hominis liberi fortunam sperare neque civile, neque naturale est, *l. 34. §. conventionem 1. ff. de contr. ali. empt. Schneid. n. 3.*

Sanè res propria, licet in stipulationem recipere deduci nequeat, quia, quod meum est, meum amplius fieri non potest, §. 10. *Inst. de legat. & §. 14. de off. test.* tamen res propria sub conditione, si mea esse desierit, in stipulationem deduci, *l. 31. ff. de V. O. l. ex numero 6. §. 1. ff. de contr. ali. empt.* Estque Ratio *differentia*, quia nulla hic versatur turpitudinis, aut mali omnis nota; & illa, quae naturam suam dominio nostro sunt exempta, in obligationem deduci nullò modo possunt, sicuti sunt res *sacra, & religiosa, &c.* aliud est de rebus propriis, quae, licet hic, & nunc domino non acquirantur ex natura sua, tamen dominium non respuunt Schamb. hic.



*Duces* : res sacra , religiosa , &c. potest bonâ fide emi , *Et vendi* , ita ut emptio *Et venditio* subsistat : modò bona fides adit , l. 4. §. *Et* 6. ff. de contrab. empt. ergò & poterit in stipulationem trahi. *Con. ant. negando consequentiam* , quia in Stipulatione id agitur , ut dominum omnino transferatur , l. 57. §. ult. ff. de V. O. in Emptione non item. Neque enim venditor cogitur dare , aut emptorem facere dominum , sed tantum rem tradere , *Et evictionem præstare* , l. 4. ff. de contrab. empt. nequì liber homo , res sacra , &c. in Dominio esse non possunt , haberi autem , & possideri possunt. Ratio porro , cur liberi hominis , rei Sacrae , vel publicae venditio in Jure subsistat , si emptor ignoret , hæc esse videtur , ne scilicet libertas commerciorum impediatur , arg. l. 44. ff. de usurp. *Et usucap.* Harp. n. 9. hic.

#### §. SI QUIS ALIUM. 3.

- 4 Inutilis est etiam stipulatio , si quis promiserit , alterum daturum , aut facturum , *text. hic* , & in l. 83. ff. de V. O. Ratio , quia nemo ex alterius contractu obligatur , l. pen. *Et tot. tit. Cod. ne uxor. pro Marit.* & res inter alios acta , aliis præjudicare non debet , l. 63. ff. de re jud. Ratio quoad promittentem , quia impossibile nulla est obligatio ; respectu autem promittentis censetur factum alienum impossibile , quia tertius cogi non potest , ut præstet id , quod inter me , & te actum est , quia nemo potest necessitare membra aliena. *Manz. num. 3.*

Et hoc procedit adeò , ut promissor facti alieni ne quidem teneatur curare , ut tertius *det* , vel *faciat* , quia peccatum est in formâ contractus ; formâ autem neglectâ quidquid agitur , inutile est , l. 2. Cod. de præd. doct.

*Fallit* prædicta regula I. in promittente factum alienum sub pœna ; tunc enim promissor , non quidem ratione facti , sed pœna , obligatur. Unde pro consilio cape , quod semper pœna adjiciatur , sic enim Promissor facti alieni , licet non ad factum , tamen obligatur ad pœnam *Schneid. w. 7.*

*Fallit* II. in promittente factum sui heredis , l. 38 ff. de V. O. censetur enim suum factum promississe , cum una , eademque persona hæres , & defunctus censetur. *Novell. 84.*

*Fallit* III. si quis promiserit , se effecturum , aut curaturum , ut *det* tertius , vel *faciat* ; quia hoc in casu non *abestum* , sed *suum* factum promittit. Et hoc in casu tantam adhibere diligentiam tenetur , quantam potest , hoc si fecit , liberatur. *Manz. n. 9. plures fallentias vide apud Schneid. Et Schenb. omnes enim apponere , prohibet Institutio Ratio.*

#### §. SI QUIS ALIUM. 4.

Quemadmodum quis factum alterius 5 promittere non potest , ut alter obligetur , ita nec quis alteri , sed sibi tantum , ve Juri suo subiecto recte stipulatur , alteri enim per alterum non quaeritur obligatio , l. 1. Cod. per quas pers. ouique acquir. & stipulationes adinventæ sunt , ut unusquisque acquirat sibi , quod sua interest §. 18. *infra b. t. Dixi* : vel *Juri suo subiecto.* *Fallit* enim I. Si *Paterfam.* vel *Dominus servus* , aut , vice versa , stipulatus sit ; quia habentur pro una persona , & vox patris est vox filii , & e contra. *Fallit* II. si promittens , alteri dare , *Jurantibus* promittat ; omne enim Juramentum , quod absque interitu salutis æternæ servari potest , servandum est , *cap. cum contingas. 28. X. de Jure Jur.* *Fallit* III. si quis *pro locis* , & *pau-*  
*peribus*

*peribus* stipuletur, veluti: *dabis m. Klingbaum 100. l. illud Cod. de SS. Eccles. hic. n. 1.*

## AD VERS. PLANE SOLUTIO.

6. Quamvis alteri quis stipulari non possit: potest tamen solutio in personam alterius conferri, sive persona solutioni adjici, ita, ut, si promissor huic solvat, is liberetur, v. g. hoc modo: *mihi, aut Titio centum dare, spondes?* Stipulatio utilis est, habetque illum effectum, ut promissor Titio solvere possit, eique solvendo liberetur. Hoc tamen verum est, quod in tali casu promissor mihi soli obligetur, nec ulla obligatio, aut Actio Titio acquiritur, utpote cujus persona, solutionis tantum causa, adjecta est. Ratio autem, quare Titio nulla obligatio, aut Actio quiritur, est regula universalis, quod alteri per alterum non quiritur obligatio, aut actio *Manz. n. 4.* Ne tamen persona Titii frustra adjecta sit, & actus semper interpretari debeat, ne sit frustraneus, & ut valeat potius, quam pereat, ideo Titio recte solvitur, etiam, me invito, & reluctante: ratio, quia solutio, sive datus est alternativa, in alternativis autem electio est debitoris, *l. 10. Cod. de Conduct. indeb.* cui liberum proinde, cui velis solvere. Ratio denique, cur solutio in extraneam personam (puta, in Titium, vel Semum) conferri possit, obligatio non item, haec assignatur, quia *Obligatio est Juri; solutio vero est Facti, l. 7. §. fin. ff. de curat. furior.* atque notissimum est, ea, quae sunt *Juri*, sive *acti*, alii per alium non acquiri; ea vero, quae *facti* sunt, acquiri posse, *l. 53. ff. de A. R. D. Harp. mem. 24. Schamb. hic.*

*Dices:* Ex dictis sequitur, quod mea obligatio inanis sit; frustra enim quis mihi obligatur, si alteri solvendo libera-

tur. *¶* Quod si Titio in memorato casu solvatur, ego stipulor non adversus Titium habeam mandati actionem, *text. hic* quia Titio, solutionis causa adjecto, recte mandasse videtur, ut pecuniam a se promissore acciperet, *l. 13. §. 1. ff. de V. O.* tanti autem, & expressi eadem est virtus, *Manz. n. 13. Schneid. n. 2.*

## AD VERS. QUOD SI QUIS.

Quando quis stipulatur sibi, & extraneo copulativè, tunc ex tanto nihil acquiritur, sed stipulanti pro media parte ejus, quod promissum est. Et sic stipulatio valet pro parte, & pro parte non valet, ne utile per inutile vitietur, *cap. utile 38. de R. J. in 6.* Et, licet *Jus accrescendi* locum habeat in *ultimis voluntatibus*, *l. re conjuncti 89 ff. de legat. 3.* tamen in *contractibus* locum non habet, *text. in l. simili §. Titio. 100. ff. V. O. Schneid. hic. sane,* si res in stipulationem deducta sit, quae divisionem non recipiat, (ut *Equus, Annulus, statera, &c.*) non *Dividitur*; sed *species ipsa tota* debetur, *l. 1. §. ff. communis prae. l. 64. ff. de contrab. empt. Harp. mem. 19.*

## §. PRÆTEREA. §.

Inutilis quoque est stipulatio, si peritur in forma, id est, incongrua ad interrogata responsione, dum scilicet non est congruus, & consonans ex utraque parte intellectus: sic, si ego *stipuler pure*, & tu *respondes sub condicione*, stipulatio nulla est, *l. 1. §. 3. ff. de V. O.* quia non est responsum congruè, ego enim purè desidero, non sub condicione.

*Quæres,* si diversitas sit in *Quantitate* (v. g. si stipuler 10. tu promittis 15. vel 20.) quid *Juris* ? *¶* hoc casu non vitari stipulationem in totum sed tantum quoad eam partem, in quam non concurrat

concurrere utriusque consensus, scilicet quoad excessum l. 1. §. 4. ff. de V. O. estque Ratio, quia in minorem Summam concurrat utriusque consensus, cum ea majori insit, ut proinde utile per inutile vitiari non debeat. Schamb. hic.

#### §. ITEM INUTILIS. 6.

*Imperator* redit hic ad *secundum* vitium stipulationis, qualiter scilicet ratione *Contrahentium* vitietur. Quando enim quis ab eo, qui suo juri subjectus est, stipulatur, redditur *inutilis* stipulatio. Itaque inter *Patrem*, & *Filium*, *Dominum*, & *servum* nulla consistit *Stipulatio*, ut *efficax* Obligatio inde oriatur: licet enim propter consensum *naturalis* obligatio isto casu orta sit, tamen non *provis*, quia *patria potestas* est de *Jure civili* introducta, *Princip. Inst. de patria potest.* Sed de *Jure civili*, pater & filius una persona esse, censentur, l. fin. Cod. de impub. & alius *subst.* Unde, si orietur civilis obligatio, sequeretur, partem sibi ipsi fore obligatam. Idem de *Servis*, qui de *Jure civili* pro nullis habentur, l. 32. ff. de R. J. Schamb. hic.

#### AD VERAS SED SERVUS.

In hoc §. traditur *Differentia* inter *Filium* & *Servum*, & quidem talis quod *Servus* ex *contractu* non tantum domino suo civiliter obligari nequeat, sed ne quidem ulli alii. Ratio est, quia *Servi* de *Jure civili* pro nullis, sive *mortuis* habentur; aliud tamen est de obligatione *naturali*: nam, cum *Jure naturæ* inter homines nulla sit differentia, §. 1. *Inst. de Libert.* idem *Servi* obligari possunt, solum naturaliter, §. 2. *Inst. de Fidejuss.* Fideiussam, esse patri, ob rationem predictam, civiliter obligari nequeant, alii tamen obligari possunt, *text. hic. &*

in l. 34. ff. de O. & A. Ratio quia *Filius* *fam. juris civilis* (utpote *liber bonus*) capax est. *Harp. hic.*

#### §. MUTUS 7.

Quia in stipulatione *verbis* opus est, & alter alterum exaudire debet: idem nec *Mutus*, nec *surdus* stipulationis contractum celebrare potest, *text. hic.* possunt tamen alios contractus idire, qui solo consensu fiunt, l. 73. ff. de *Jure dot.* Sanè, si hi *servos* habeant, per illos recte stipulantur, quia, licet hi impedimentum, & vitium habeant, quominus stipulari possint, cum tamen sit impedimentum *Facti*, & non *Juris*, rectè, per *servos* suppleri, dixeris. Schamb. hic.

#### §. FURIOSUS 8.

Quoniam in stipulatione *Consensus* requiritur, l. 1. §. 3. de *Post. Furiosus* autem nulla est voluntas, l. 40. ff. de R. J. Idem *Furiosus* stipulari non potest. Ita quoque ex delicto non obligatur, l. 14. ff. de off. *procur.* Idem dic de *Prodigo*, qui licet sibi stipulando acquirere possit, alii tamen promittendo non obligatur. Schamb. hic.

#### §. PUPILLUS 9. ET 10.

*Supra* in Tit. de *authoritate Tutorum* traditum est, quod *Pupillus* sine tutoris auctoritate suam conditionem *metuor* facere possit, *deterriorem* non etiam. Ex quo sequitur, quod sine tutoris auctoritate alius *promittere* non possit; sibi autem stipulari queat. Quod tamen intellige de *Pupillo* non *insente*, qui parum à *Furioso* distat, *Text. hic.* sive *infantia* proximo, qualis ille dicitur, qui *infantia* proximior est, quam *Pubertati*, v. g. *Pater* 8. vel 9. *Annorum*, *Manz. hic. n. 4.* quæ tamen sibi stipulari posse, communior opinio est, eò quod tantum removeantur *infantes*, qui 7. scilicet *annorum*

notum sunt, & *text. l. c.* expresse decidat, hinc in premissis, fili stipulari posse ex ratione trib. cit., quia propter unitatem etiam hoc agitur. Jura interpretatio facta est, ut id in Jure habeant, quod potestati proximi.

*Dicitur* Filius-fam. impubes nequidem, auctore *Patre*, obligatur, ergo nec pupillus, auctore *Tutore*. Et negando consequ. Ratio *Differentia* est, quia pupillo semper cautum est contra tutorem, si forte obligatio sit damnoſa, filio autem contra patrem cautum non est. Nam tutor *Admōt. Tutelae* pupillo tenetur; filio in patrem nulla competit *Actio* ob rem male gestam, & paternam reverentiam patrem excusat à *Ratiocinatio*. *Perez. Inst. l. c.* Alia, & succincta *Differentia* ratio assignatur à *Schomb. l. c.* quia filius-fam. p. 1. p. 2. sibi acquirit. Un te pater, in rem sua tutior fieri nequit, tutor vero ad utilitatem pup. li authoritatem suam recte interponit. *Lindwell. l. c. n. 5.* Plane, cum *Pater*, non ut Pater: sed ut legitimus *Administrato*r bonorum filii adventurorum consideratur, auctoritatem filio accommodare potest, l. *si infanti Cod. de Jure delib. l. ult. §. si autem 4. in fine Cod. de bonis, quae liberis. C. l. c. quæst. 3. ob. im.*

#### §. SI IMPOSSIBILIS. II.

12 Colliges ex hoc §. qualiter stipulatio, ratione impossibilis conditionis adj. ctae vitietur. Et Primo quidem impossibilis conditio de natura, & etiam de Jure, affirmative concepta, stipulationem, & ceteros contractus vitiat, *text. l. c.* & in l. 13 ff. de O. & A. juncta l. impossibilis. 7. ff. eodem. item l. impossibilium. 186. ff. de R. J. effque ratio, quod, promittens sub conditione impossibili, non videtur habere animum, nec volunta-

tem, se obogandi. Unde contractus, tanquam evacuatus consensus partium, est nullus, *ad. H.* Non tamen contractus in ipso illius ultimas voluntates vitiat, sed pro non adjecta habetur, §. 10 *Inst. de hered. Inst.* & hoc favore ultimarum voluntatum, l. 12. ff. de R. J. Nec est verisimile, aliquem in ultima voluntate velle facere, aut actum inane facere. Sicut etiam in *Matrimonium* pro non adjecta habetur, *cap. fin. de co. int. ap. cit. Schomb. l. c.* Sane si conditio impossibilis negative concepta sit, v. g. si *degit calvus non artigero*, Stipulatio valet, & pura est, ita, ut cecidat, & veniat dies, quia isti certa, & necessaria conditio, & jam exiit. Excipe, si conditio sit impossibilis *Legis*, quia hæc, etiam negative posita, non valet, v. g. si *patrem non occidero, dare 10. spondes?* l. 7 §. maiestatem. ff. de pact. quia gratis quis à malo abstinere debet. l. 2. ff. de con. l. c. ob. *sup. Manz. n. 11. Schomb. l. c.*

#### §. IDEM VERBORUM. 12.

Vitiatur quoque Stipulatio ratione *Absentiae*, cum alter alterum loquentem exaudire & intelligere debeat. Unde etiam per *Epistolam*, & *Nuntium* stipulatio non celebratur, alias non esset differentia inter *Stipulationem*, & alios contractus, qui consensu contrahuntur. Sed,

Q. Si *Instrumentum*, vel *Scriptura* aliqua produatur, in qua habetur, aliquem certo tempore & loco promissum; promissor autem excipiat, & dicat, se tunc absentem fuisse, cui credendum? an *Scripturae*, an *Promissori*?

*Cesarieus Advocatus* circa hanc *Questionem* dubitarunt, ex hac forte *Ratione dubitandi*, quia, licet quis *Scripturam* pro se habeat de pecunia numerata,

tenetur tamen probare se numerasse, ergo etiam videbatur dicendum, licet quis Scripturam proferat de partium presentia, hanc tamen probare debeat, prius quam in iudicio obtineat.

Verum, Imperator omnem dubitationem sustulit, statuitque in l. 14. de contrab. & commiss. *Stipul.* talis Scriptura credendum esse, donec probetur contrarium, arg. l. 18. Cod. de prob. estque Ratio, quod in dubio Actus presumatur eo modo gestus, quo debuit, arg. l. Gallus 29. §. 1 ff. de test. & posthum. *Menz.* n. 7. Ista tamen presumptio, quae pro *Instrumento* militat, non est *Juris*, & de *Jure*; sed *Juris* tantum, ideoque probatione in contrarium recipit, ut si in, qui contradicit, vel per scripturam, vel testes, omni exceptione majores probaverit se, vel adversarium toto iudicio, quo *Instrumentum* confirmabatur, alius in locis fuisse, omnino audien sus erit, text. & in d. l. 14. *Ludwel Insti* luc.

Dices: negantis nulla est probatio, l. 2. ff. de prob. sed reus negat, se fuisse presentem, ergo ejus nulla est probatio. R. *Disting. maj.* negantis nulla est probatio, directè, com. indirectè, nego. Non est necesse, ut reus probet, se praesentem non fuisse, sed si probare poterit, se fuisse alibi, & sic affirmat; indirectè tamen negat, quia negat, se fuisse praesentem. Exinde colligas D. D. negantem non esse improbabilem, si sit circumscripta *Loco*, vel *Tempore*. Nam, si habeat determinationem temporis, vel loci, potest negativa (saltem per *moderatum*) probari. Ut in casu posito, si scilicet probat, se fuisse alibi, hoc ipso enim probat, se praesentem non fuisse. *Menz.* n. 10.

#### §. POST MORTEM. 13.

*Stipulatio*, concepta post mortem *Stipulatoris*, vel *Promissoris*, olim non valebat, ratione impossibilitatis, cum post mortem nec stipulator agere, nec promissor conveniri possit. Hæc tamen valet: ita ut *servi* & *passivi*, ad *Haereditas* transeat, sicut aliae actiones, l. 1. Cod. ut ag. ob *Hered.* &c. quòd procedit, siue sit ficta mentio hæredum, siue non; quilibet enim, sibi, suisque hæredibus prospicere, intelligitur, l. 13. Cod. de contrab. *Stipul.* *Schneid. luc.*

#### §. IDEM SI, QUIS. 14.

Olim stipulatio, præpostero concepta<sup>14</sup> *inutilis* erat, quando scilicet dies *Executionis* præcedit diem *Obigationis*. Ut ecce: si *navis ex Asia venerit*, *transmissis dare se le centum* & talis stipulatio olim non valuit, quia *Dies* eventus conditionis *pro* est non debet, sed *posterior*, & dies *Executionis* non debet præcedere diem *Obigationis*.

Verùm, Imperator constituit in l. præposteri 25. Cod. de testam. talem stipulationem non valere, ex hac fide Ratio, quia non tam subtilitas *Verborum*, quam *Mens* contrahentium inspicere debet, arg. l. 1. 2. & 3. ff. de *Paul.* Sanè, *Præpostera* in *Interrogatione*, & *Responsione* stipulationem vitiat; requiritur enim de forma ad stipulationem, ut *Interrogatio præcedat*, & *Responsio subsequatur*. *Schneid. luc.*

#### §. ITA AUTEM. 15.

*Stipulatio*, in *Tempus mortis* collata (v. g. cum morier, vel cum morieris, dare spondes? & olim valuit & hodie valet, quia *veniens*, & *ingruentes* mortitur, l. 22. ff. ad *SC. Syllan.*

Sed quando in tali stipulatione venit, aut *calis dies*? *Harpocritas* autumat, venire, & cedere diem in *confinio mortis*, creditorem tamen non debere, statim cum facco paratum venire contra l. 105. ff. de solut. & illum molestare, qui cum morte luctatur, sed debere expectare, & post mortem petere. *Schamb. & Alana. hic.*

## § ITEM POST MORTEM 16.

Quo l post mortem alterius recte stipulemur (v. g. *post mortem Titu dare spondes*?) non videtur esse. *Dubium.* Nec obstat, talis stipulatio videatur ponere votum captivæ mortis, siquidem iusta tali stipulationis causa subesse potest, quæ omnem sinistram præsumptionem auferat, arg. l. 23. ff. l. de Pa. dotat. ubi pater recte stipulatur, post mortem filie dotem sibi restitui, affectus enim paternus omnem sinistram præsumptionem excludit.

## § SI SCRIPTUM. 17.

§ Colliges ex hoc. §. quod si Instrumentum producatur, in quo scriptum, quod Titius *Mucio promiserit* 10. ly *promiserit* denotet Interrogationem, & Responsionem intervenisse. Huiusque Ratio est, tum, quia Instrumento uest *Præsumptio*, ut omnia, eo comprehensa, censcantur recte, ac solenniter esse gesta, §. ult. inf. de Fidei-juss. l. 30. l. 134. §. penult. de V. O. tum, quia verba cum effectu (id est, ut valeant) sunt accipienda, l. penult. §. 2. ff. ne quis eorum qui in Jur. voc. v. ex. cum ergo Promissio hinc præcedente Interrogatione sic inefficax, Interrogationem recte præcessisse, præsumimus, ut sic *Actus valeat* potius, quam pereat l. 12. ff. de Reb. dub. Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 11. n. 17. *Harp. hic. n. 1. & 2. Ex dictis*

Infert *Schamb.* quod in omni actus Solennitas intrinseca præsumatur. Dicitur autem (inquē) solennitas intrinseca, sine qua verborum significatus aut nullus modus, aut regulariter verificari non solet, uti hic, quia promissio (regulariter) fieri solet, previa interrogatione, nec sine illa valere potest: unde perinde habetur, ac si scriptum euses interrogatione præcedente, responsum esse, l. 1. Cod. de contrab. Stip. Extrinseca verò solennitas qualis est, sine qua actus (regulariter) subsistere potest, v. g. *Emptio & Venditio* sine autoritate Testoris, aut Curatoris non præsumitur, *Schamb. loc. cit. & ad §. fin. de test. de-juss.*

Non obstat l. 1. Cod. de iur. ubi argumentò, à contrario ductò, sancitum videtur, quod testi, de promissione tantum deponenti, non credatur, stipulationem intervenisse, ut idem in instrumentis videatur dicendum. R. enim con. aut. negando confes. Ratio Differentia est, quia Instrumenta sunt de communis consensu Partium, idè omnia verba, in iis posita, censentur posita meliori modo, quo possunt. Sed Testes producuntur ab una parte, & idè ejus dicta stricte intelligenda, & deponunt tantum de his, quæ percipiuntur sensu aliquo corporeo, l. testim. ff. de test. non verò de iis, quæ percipiuntur intellectu, quia tunc magis Judices essent, quam Testes. *Brunn. in d. l. 1. Cod. de iur. ubi infert, quod solennitas intrinseca in testibus non præsumatur; vide etiam Schueid. hic.*

## §. QUOTIES. 18.

Quando Stipulator interrogat de pluribus rebus, & Promissor respondet simpliciter, & indistinctè, tunc in omnibus obligatur Promissor, quia res nominata in

*Stipulatione*, consentur tacite *repetita in Responsione*; talis enim censetur responsio, qualis præcessit interrogatio. *Mauz. n. 2.* Quod si verò ad unam, vel aliquas ex rebus specificatis respondent, tunc non ad omnes, sed ad illas, quas in specie promittit, obligatur, *text. hic. & in l. 138. §. 3. ff. de R. O.*

#### §. ALTERI 19.

- 17 Quod *alteri Extraneo* nemo stipulari possit, *suprà* dictum. Ratio hujus hic datur, quia inventæ sunt stipulationes & obligationes, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Quod si tamen quis alteri stipulari velit, & exinde ponere effectum, hoc consilium sequatur, nec Te est, nimirum poteris stipulationem penam adicere dicendo: *promittisne Sempronio centum? & nisi ei dederis, promittisne, mihi 20. ff. nomine penæ?* si alter promittat, stipulas o quidem, quoad centum non valet, valet tamen quoad 20. ff. quos exigere poteris, *text. hic. & Aulobar.*

#### §. SED ET SI 20.

Valet quoque stipulatio, alteri facta, si stipulantis *inter sit* vel *intererit*. Sic *Con tutor* recte stipulatur *Papilio*, rem suam fore; nam sua interest, ne *Azione Tutela* conveniatur. Item, si quis procuratori suo stipuletur, valet stipulatio, v. g. ego habeo Procuratorem Augustæ, qui pro certis usibus opus habet pecunia. Cum scirem, Augustam profecturum; ita à te stipulatus: *Si Augustam veneris, Procuratori meo 100. dare, spondes?* Hoc in casu valet stipulatio. Et, si promissor dederit, *Azione Mandati* ad à Procuratore repetere possit, *Mauz. n. 5. & 6. Harp. n. 15* Denique, si *Debitor* stipuletur, suo Creditori aliquid sit, valet stipulatio, quis meâ interest, debitum meo Creditori persolvere. *S. bant.*

#### §. VERSA VICE 21.

*Factum alienum* promitti non possit. §. 3 *suprà* b. t. dictum est. Ue tamen talis stipulatio fortiaur *Effectum*, consilium tale est, ut *Pena* adiciatur stipulationi, quo in casu pro nullo tenetur aut id efficere, aut penam solvere, *text. & Aulobar. hic.*

#### §. ITEM, NEMO 22.

Ex hoc §. aliud nihil *Colligas*, nisi, quodd stipulatio rei, nondum quidem in *presens* fuit, in casum tamen coacta, quo *future* est sua, non valet, v. g. *dabisne mihi Socrum, si a domino mihi legatus fueris?* *Mauz. hic.*

#### §. SI DE ALIA RE 23.

Resultat quoque *Vitium* stipulationis ex re, pena, si non concurrat *utrisque* (& *stipulatori*, & *promissori*) consensus in eandem rem, *text. hic. & l. 83. §. 1. ff. de V. O.* veluti si hominem *Socrum* à re quirit stipulatus fueris, & tu de *Pamphilo* senseris, quia non concurrit consensus in idem. *Schamb. hic.*

#### §. QUOD EX TURPI 24.

Si tu si ex *con's* quid promissum fuerit, nullâ stipulatio est, v. g. si quis, *Homicidium*, se *facturum*, promittit. Ratio quia, *Turpia in Jure* comparantur *Impol. boibus, l. filius 15. ff. de condit. insti.* & *Facta* invitantis ad *delinquendum*, non valent, l. 5. ff. de *pa's dotal*. Et hoc verum est, ut nec *Pena* in stipulationi recte adiciatur, nec *Juramentum*, *cap. non est. 58. de R. J. in 6.*

#### §. CUM QUIS 25.

In *conditionale* stipulatione, si ante conditionis eventum siue stipulatur, siue promissor moriatur, nihilominus eorum *Harodes*

*Haeredes & convivere, & convivere possunt, text. hic. & in l. 57. ff. de V. O. aliud est in Legato conditionali l. 41. ff. de condit. & demonst. Ratio Differentiae est, quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid; Legatus conditionalis non idem. Ratio rationis, quia in stipulatione conditionalis intervenit Factum stipulatoris, sibi, & haeredibus suis prospicere volentis, l. 9. ff. de Prob. At, in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit; sed à sola Testatoris voluntate pendet, qui tantum personae legatarii bene facere voluit; eiusque soli (ob *aliterum* forte, vel singularem *Amorem*) non eus haeredi prospicere voluisse, intel igitur, l. 9. ff. pro Socio. Harp. §. 4. Inst. de V. O. n. 12.*

## §. QUI HOC ANNO, 20.

- 19 Quid facis? si aliquis mihi promiserit, hoc Anno: vel hoc Mense solvere certam pecuniae summam, possumque pro lubitu meo quam locumque petere? & Quid non; sed tunc demum, si omnes anni, vel mensis partes praeterita sint. Ratio, quia Tempus illud totum pro debitoribus est, & dies arbitrio solventis tribui debet, §. 2. Inst. de V. O. Manz. n. 4. hic.

Dicitur si quotannis, vel in Annis paucis vel annuum aliquid quis poteris, in principio itatum eujusque anni peti po-

terit, §. 3. Inst. de V. O. & l. 16. §. 4. ff. end. ergo etiam, si quis, hoc Anno se soluturum, promiserit, ab initio anni soluti peti poterit. & Con. ant. neg. conf. Ratio Differentiae est, quia in primo casu tempus assignatur, multiplicandi obligationis causa, & sic in favorem stipulantis. Unde Interpretatio pro eo faciendae; nec Finis, sed initium anni attendendum. Secus est in secundo casu, ubi tempus adicitur, differendae solutionis causa, & sic in favorem Debitoris, qui quandoque voluerit, solvere poterit. Harp. §. 3. Inst. de V. O. Manz. hic. pro tradita hoc. §. Doctrina capere hos Versiculos.

*Annus si debes, tunc inspicies Caput anni;*  
*Annus si debes, in Fine teneberis Anni.*

## §. SI FUNDUM, ET FIN.

Subnectit hic Imperator, eum, qui Fundum, vel Hominem dari, stipulatur, non continuo agere posse. Quamvis enim haec stipulatio pura sit, & idem constitem agere posse, videtur. §. 2. Inst. de V. O. id tamen, bene, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est, neque enim cum Sacro statim creditor venire debet, l. 105. de solut. Nil igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, il est, traditio commoda, fieri potest, l. 73. ff. de V. O.

## TITULUS XXI.

## DE FIDE-JUSSORIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 Fide-jussor quid sit?
- 2 Fide-jussio depunior.
- 3 Mandator quis dicatur?
- 4 Quomodo differat à Fide-jussore?

- 5 Quid sit constitutor?
- 6 Quid sponsor?
- 7 Quid expromissor?
- 8 Cur obligationis possit accedere fide-jussio?
- 9 An pignus accedere possit obligationi, deinde ex delicto?



- 10 Fide jussio an transeat ad heredem?
- 11 Quod sit beneficium ordinis?
- 12 An de Jure Augusti loco vocari habeat?
- 13 Quod sit beneficium Diocesanum?
- 14 Quando locus libereas?
- 15 Quid sit beneficium cedendarum actionum?
- 16 Quando cedi debeant?
- 17 Fide jussor non potest in plus obligari, quam principalis.
- 18 Qualem habeat contra principalem actionem?
- 19 Quando petere possit liberationem?

## CONNEXIO.

Hucusque egimus de Verborum obligatione, seu Stipulatione principali. Nunc de accessoria, id est Fide jussione, agendum.

## AD PRINCIPIMUM.

Pro pleniori hujus Tituli cognitione observes (velum) quinque esse Genera Personarum, quæ pro aliis Fidem suam interponere solent, & quidem alio vertice eminet.

I. Fide jussor, qualis est is, qui alienam obligationem in suam fidem recipit, debitore principali nihilominus manente obligat. Unde.

Fide jussio bene definitur, quod sit Contractus verbalis, quo quis alienam obligationem in suam fidem recipit, debitore principali nihilominus manente obligat.

II. Mandator qualis est is, qui sponte propria, alie i pecuniam credi mandat. Quo in casu, si mandatarius mandanti obtemperat, & pecuniam credit, is, qui pecuniam accepit, obligatur ex causa Mutui, & constituitur principalis debitor, utpote, cujus causa mutuum comparatum fuit. Is verò, qui mandavit; creditori ex causa Mandati obligatur, ita, ut creditor utrumque, & mutuatarium,

& mandatorem habeat obligatum, l. 13. ff. h. t.

Differt Mandator à Fide-jussore I. quod Fide-jussio principale debitum & præcedere, & subsequi possit. § 3. Inst. h. t. Mandatum vero semper præcedat. II. Fide-jussio non fit, nisi per solennem Stipulationem; Mandatum vero solo consensu constituitur. Manz. n. 10. De Consuetudine quia nudò etiam Pater Fide jussio rectè constituitur, dubitandum non est. Zoes. ff. h. t. n. 1. § 2.

III. Occurrit Constitutor, qualis est, is, qui per nuda pactum constituit, se soluturum id, quod vel ipse, vel alius debet.

Differt à Fide jussore, quod Constitutum fiat nudò Pacto, & semper obligationem, jam contractam, sequatur. Fide-jussus verò vel præcedat, vel subsequatur, & fiat per Stipulationem. Hæm. ad Treut. vol. 1. disp. 27. ibi 1. lit. B.

IV. Sponsor, qualis est is qui sponte propria (unde Sponsor dicitur, non rogatus, pro alio intercedit. Et talis habet Mandati Actionem contra Debitorem principalem si ejus nomine aliquid solverit, l. qui patitur. 18. ff. mandati. Differt à Fide-jussore, quod Fide jussor rogatus, Sponsor verò sponte, & non rogatus intercedat pro alio. Schneid. Inst. huc. n. 2.

V. Expromissor, qualis est is, qui alie obligationi non accedit, ut Fide-jussor; sed novam principalem m. t. § 3, red liberato, se solum, ejus loco, obstringit. Harp. n. 5.

Differt à Fide jussore, quia Expromissor solus, & principaliter obligatur; Fide-jussor verò unà cum Debitore principali; & accessorie tantum. Item, Fide jussor habet Beneficium Excussionis: Expromissor non etiam, Schneid. loc. cit. n. 12.

## AD VERS. QVOS HOMINES.

Redditur hoc versiculus *Ratio*, quare *Fide-jussores* soleant constitui, videlicet idcirco, ut diligentius cautum sit *Creditori*, & in casu, quo *Debitor* principalis Facultatibus labitur, ac non solvendo efficitur, creditor habeat, quem convenire possit. *Manz. n. 17.*

## §. IN OMNIBUS.

- 8 *Queritur* in hoc §. cui obligationi possit accedere *Fide-jussor*? Et traditur *Regula generalis*, quod *Fide-jussor* accedere possit omni obligationi, qualitercunque contraxit, sive *Re*, sive *Verbis*, sive *Litteris*, sive *co. sensu*. Item, non obligationi duntaxat *naturali* & *Civili* simul: sed etiam *naturali tantum*, & *Civili tantum*. *Text. hic. & l. 1. l. 2. ff. h. t.* Quia ipsa tamen *Res* ut magis reddatur perspicua, sit

*Affertio I.* obligationi *naturali*, & *civili* simul potest accedere *Fide-jussor*. *Text. hic. & l. 1. l. 2. De hoc* nemo, nisi qui de existentia solis in meridie, dubitat.

*Affertio II.* obligationi *naturali* tantum (qualis ex modo *pacto*, vel ex *Testamento imperfecto*, vel ex *contractu Fidejussoris cum Patre* inito producitur) etiam potest accedere *Fide-jussor*. ita, ut talis *Fide-jussor* obligetur, & teneatur tam *naturaliter*, quam *civilitate*, atque adeo efficiatur conveniri possit, l. 7. ff. de except. §. arg. l. 35 ff. h. t. *Manz. num. 12. Schneid. n. 3.*

Non obstat, quod *Fide-jussor* in *plus* obligari nequeat, quia *Debitor* principalis, §. 5. *Inst. hic. & l. 1. l. 2. §. 7. ff. h. t.* Siquidem *Fide-jussor* in *plus* obligari non potest *extensim* ( hoc est, *fortius*, rem tenentem ) *potest* tamen in *plus* obligari *restrictim* ( hoc est, *fortius*, & efficacius ) prout rem tenentem in *minus*, tamen enim *Debitor* principalis

*simpliciter* obligatus sit: *Fide-jussor* tamen cum *Juramento*, aut cum *Hypotheca* se obligare potest. Item, potest *Fide-jussor* obligationem suam corroborare adjectione *Panae*; quamvis *Panam* non promissit principalis *Debitor*, *Molin. traß. 2. de J. & disp. §. 41. n. 7. Znoj. ff. h. t. n. 12. §. 13.*

*Affertio III.* obligationi *civili tantum* etiam recte accedit *Fide-jussor*, *Text. hic. & l. 16. §. 3. ff. h. t.* Ita tamen, ut *Exceptio Principalis* competens, etiam *Fide-jussori* competat, l. 32. ff. h. t. l. 7. §. 1. ff. de except. & l. 12. *Cod. de non numer. pecun.* *Schnei. l. num. 4. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 18* *Ratio*, quia *Exceptiones* reales rem ipsam minuunt, & quasi auferunt principale debitum, quod sublato aut diminuto, accessorium quoque profuturum. Deinde, si *Exceptio*, competens principali debitori, non etiam competet eisdem *Fide-jussori*, sequeretur, quod principali debitori competens *exceptio*, eidem nihil prodesset, utpote qui a *Fide-jussore* *Actione Mandati*, ad solvendum, quod solvit, consequendum impeditur, atque ita *Fide-jussor* contra principalem debitorem regressum haberet. *Znoj. ff. de except. num. 21.*

*Affertio IV.* Non solum principali, sed etiam *accessoria* obligationi potest *Fide-jussor* accedere, atque ita *Fide-jussor* *Fide-jussori* succi, l. 8. ult. ff. h. t. Et talis *Fide-jussor* appellatur: *Schnei. l. 1. Burg. qui jure etiam disp. excusatus* pro principali conveniri debet, id est, *Fide-jussor* *indebitatus*. *Schnei. l. num. 6. Clariss. D. D. Franz. n. 28.*

*Quaestio I.* An *Fide-jussor* accedere possit *Obligatio* descendenti ex *Debitor*, vel *Quasi de Deo*? *Re. distinguendum* est, num tale *debitum* sit, cui venit imponenda *pana pecuniaria*? num vero tale, cui venit imponenda *pana corporalis*?

Si prius, extra aliam D. *inter quas* est, *fidei-jussorem* ad satisf. e, ita ut Reus, carcere detentus, ad id idem. D. l. e, *efflore*, custo. la, & si iussore Carceris restandus sit Ratio est, quia *Auctor*, vel *Fidj* nihil quicquam interest tunc poenam pecuniarum solvat, ipsemet Reus, an Fide-j. flor, vel qui a'au, arg. l. 23. l. 93. *de sol. et. Accedit* l. 70. §. ult. ff. h. t. ubi aperte rescribitur, in crimine *Furti* (cujus Poena Jure *Iustiniano* pecuniaria fuerat, §. 5. Ed. §. ult. *Infl. de oblig. quæ ex delict. nasc.*) Fidei-jussorem pro Reo *Furti* accipi posse Si posterius? Fidei-jussor nequaquam admittendus est. Ratio, quia Fidei-jussor deberet se obligare ad poenam *corporalem*, ad quam se obligare non potest, cum nemo sit membrorum suorum dominus, l. 13. ff. ad *Leg. Aquil.*, & *Iustine* refragari videretur, ut poenam corporalem sustineret is, qui non deliquit, præcipue, cum Jura velint, ut *Delictu* teneant suos *Auctores*. Ita docent *Harp. n. 29. Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 9. n. 8. Covar. lib. 2. var. resol. lib. 2. cap. 8. n. 8. Manz. n. 20. Concord. Walter de Jure consuet. Austr. Lib. 2. tit. 15. & die würtzh. Burgschaften*, ibi: *in Malefiz-Sachen aber hat ewige Burgschafft nicht statt, es wäre dann Sache, dass die Unschult, und Verbrechen mit heuer teüß. ben straffe geüßet, sondern in andere Weeg abgetagen zu sie werden.*

### §. FIDE-JUSSOR. 2.

- 10 *Queritur* hic, an Fidei-jussio sit transitoria ad heredes? Ratio *dubitandi* in eo ponitur, quod creditor sequatur fidem hujus personæ, quæ fides non est alia, & i. b. *Fidj*, & *Persona indystra* est electa, res non transit ad verum, l. m. §. 9. *Cod. de epd. tollend.* Sic per mortem solvitur Mandatum, l. 27. §. 3. ff. *Mand.*

*dati*, *Futela*, *Infl. quib. mod. int. soc. Societas*, §. *solvitur*, *Infl. de Socet. Ratio* non est alia, quam, quod in *his Negit* sit electa *Persona indystra* ergo etiam *Fidei-jussio* per mortem expirabit, cum & in hac videatur esse electa *Persona indystra*.

Verum, hæc *dubitandi* ratione non obstant, *gl. Harp.* quod *Fidei-jussio* sit transitoria ad heredes, ex ratione, quia *Accessorium* sequitur naturam sui *Principalis*, sed principalis obligatio est transitoria ad heredes arg. §. 5. *Infl. de oblig. quæ ex quib. cons.* ergo etiam *Fidei-jussio* quæ est obligatio accessoria. Et hoc in tantum *ampliat*, ut *active*, & *passive* obligatio *Fidei-jussoria* ad heredes transeat; sive facta sit mentio, sive non, l. 49. ff. de *O. & A.* contractus enim omnes ita consentur initi, ut etiam heredes includantur.

Ad rationem dubitandi *gl. hic* non tam *fidem* personæ, quam *Bona & Facultates*, ejus electis esse, adeoque, non considerari *Indystrians* & *Fidei-jussoris*, sed id *duntaxat*, num *Bona* habeat, & *Facultates*? ut in casu, quo debitor principalis non est solvendo, creditor habeat, quem convenire possit.

### §. FIDE-JUSSOR. 3.

*Fidei-jussorem & sequi & præcedere* obligationem posse, non solum *J. finiamus* hoc loco inter se statuit; verum etiam liquet constare ex l. 6. §. ult. & l. 4. ff. h. t. Nec o'portet, quod *Fidei-jussio* sit obligatio *accessoria*, accessorium autem sequatur, non precedat principale, l. 178. ff. de *R. J.* Si quidem *gl. Fidei-jussoriam* obligationem præcedere quidem posse obligationem principalem ordine *Tenoris*, & *Conceptione Perbortum*, non verò *Iseñi*, & *Re ipsa*; priusquam enim debitor principalis debet, *Fidei-jussor*

jussor conveniri non potest L. 7. ff. h. s. Harp. & D. D. hoc.

### §. S I P L U R E S. 4.

Non unus tantum : sed plures pro eodem Debitore principali intervenire possunt Fide-jussores, & quidem, si plures Fide-jussores pro uno principali sese obstrinxerint, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur, l. 3. Cod. h. s. Ita, ut creditor totum debitum, à quocunque eorum velit, exigere possit, text. hic & in l. 5. Cod. h. s. Natura enim (ut ait Schmid. h. s. hoc. n. 17.) plurium Fide-jussorum est, ut quilibet in solidum teneatur, & hinc, inq. Th. Jure nemo, in tantum extenditur, ut in actione, & arbitrio creditoris consistat, quem primò locò convenire velit, num Fide-jssorem, num Debitorem principalem, d. l. 5. Cod. h. s.

Verum, cum Imperatore Justiniano rigorosum, & perquam durum videretur, ut in casu, quo plures dati sunt Fide-jussores, omnes in solidum conveniri possent, & praeter in electione creditoris consisteret, quem primò locò convenire vellet. Ideo jure novissimò Fide-jussionibus tria data sunt Beneficia :

I. Vocatur Beneficium *Ordinis* seu *Excussio*, quo constitutum est, ut Creditur servet Ordinem, & non conveniat Fide-jssorem; nisi exactò & excussò prius Debitore principali, Nov. 4. c. 1. & auct. praesente. Cod. h. s. Canonica in cap. perennis. de de fide juss. Quae excussio Debitoris principalis adeò rigorosa est, ut usque ad Sacrum, & Peram fieri debeat, antequam Fide-jussor conveniri possit. Corp. Jurisprud. forens. part. 2. Cons. 18. de juss. s. n. 2.

De Jure Austriaco contrarium obtinet & Fide-jussor post vocatam ante Principalem sine Discussionis conveniri debet;

Lex ad Instituta

alias Fide-jussor liberatur. Fänslerw. d. h. 2. obf. 92. n. 5. Suetting. in Ma. script. l. 1. R. 5. Bierg. hic verbis : Burgum in zabien &c. i. e. Fide-jssores debent solvere non excussò principali, per tacitam Consuetudinem, longè usque firmata, ut multoties ita judicatum esse, assertit.

Quod autem Fide-jussor liberetur, si creditor debitorem principalem primò locò convenit, testatur idem Suetting. loc. cit. Wann einer, &c. i. e. Si quis dato Fide-jssore, principalem, non Fide-jssorem convenit; eo Fide-jssorem omnis usque jure cecidit.

Alt. quid Juri. si Fide-jussor non simpliciter se obligasset, sed in casum, quo debitor principalis esset solvendo Ex Jhermal. h. loc. cit. n. 11. ita scribit : Wann aber, &c. i. e. Si vero, ut supra dictum est, Fide-jussio non simpliciter facta est, sed in casum, quo principalis non haberet in bonis quo solvendo esset : tunc excussio (principalis) prius est iste facienda. Fänslerw. loc. cit. ubi sup. obf. 95. ex Waltero de Jure consuet. Austr. Praxeos esse ait, quod, tamet si, inspectò Jure communi, Miles fidejubere nequeat, de Consuetudine tamen Austriae contrarium observetur : Et verumgen, &c. i. e. quicquid de jure scripto, qui acti sunt in militia, Fide-jssoris esse nequeant : tamen, quia de Consuetudine praesentis contrarium obtinet; hoc etiam datum est observandum.

II. Beneficium, Fide-jussionibus concessum, nominatur Beneficium *Distrinctionis* seu beneficium *Epistulae Dei Adriani*, quo constitutum est, ut si ex pluribus Fide-jussionibus unus in solidum conveniatur, petere possit, ut creditor actionem dividat, quolibet Fide-jssorem pro rata duntaxat portione conveniat, text. hic & l. 26. l. 27. §. ult. l. 28. ff. jussu l. 20. §. ult. Cod. h. s.

Q q q

AD

## AD VERB. IDEOQUE.

14. In hoc *§.* traditur *Limitatio* ad prædicta, nimirum, ut cum demum Fidejussor, in solidum conventus, gaudeat Beneficio *Dischyis*, si *litis contestata* Tempore reliqui Fidejussores sint solvendo; secus enim reliqui tenentur etiam ad partem præstandam, quam teneretur in persolvere, qui *litis contestata* tempore definit esse solvendo, *text. hic. & l. Fidejussor. Cod. h. t.*

Dixi *litis contestata* tempore, nam, si creditor inter Fidejussores semel *Actio* diviseric, & unus, vel alter confidejussorum post *litem* contestatam facultatibus habatur, periculum erit Creditoris, non confidejussorum, qui solvendo sunt, *l. §. 1. §. 4. ff. h. t. Brunner. ibid. Clariss. DD. Franz. b. t. n. 43.*

## AD VERB. SED, SI AB UNO.

Quid *Juris*? si unus ex fidejussoribus & creditore conveniatur in solidum, & non opponat *Exceptionem Divisoris*, sed totum solvat, poteritne a creditore repetere id, quod suam portionem excedit? *¶ Imp. negativè.* Ratio redditur à *Muzio* *huc* num. 15 quia Fidejussor ipso jure in solidum obligatus erat; ergò repetere non potest quod solvit; que enim efficaciter debita solvuntur, repositi prohibentur *l. 60 ff. de condit. ind. b. Habet* camen Fidejussor in posito casu regressum adversus debitorem principalem, si reperiatur talis, quod pro eo exprimit *§. 6 l. 1 §. 1 Muz. tract. de Fidej. §. cap. 6. n. 10.*

At, quod *Juris*, si debitor principalis solvens non sit? *¶* quod inanis tunc sit actio, quam inopis devitoris excludit, *l. 6 ff. de delo vii.*

Sed, Nunquid Fidejussor habebit *Act. effectum* contra reliquos suos *Confide-*

*jussores*? poteritque ab his repetere, quod solvit ultra ratam suam? *¶* non posse per *text. apert. in l. 11. Cod. h. t.* Ratio quia nihil negotii cum his contraxit, & nulla inter Fidejussores invicem est *Obligatio*, neque ex *contractu*, neque ex *quasi contractu*; ergò neque *Actio Muz. n. 20. hic. Brunner. in d. §. l. 11.*

Dixi: Fidejussor, qui *Solidum* solvit, videtur reliquos confidejussores ex *quasi contractu* (puta, *Negotium-Gestione*) sibi habere obligatos: ut proinde, *Actio* *Negotiorum gestorum* contra ipsos experiri possit, videatur. *¶* ad *subtile & acutissimum* hoc *debatum*, quod fidejussor principaliter censetur debitoris principalis negotium gessisse; Fidejussorum verò tantum per *accidens*, & in *consequentiis*, quod non attenditur, *arg. l. 6. §. 1. ff. de Negot. gest. Brunner. loc. cit.*

Itaque Fidejussor, qui, non posita *Exceptione* divisionis, solidum solvit, contra fidejussorem nullum regressum habet.

Verum, cum & hoc Imperatori *Justiniano* perdurum videretur, ideo

III. Beneficium introduxit, quò vobis *cedatur cedendum actionem*, quod Beneficio constitutum est, ut orditor Fidejussori, solidum exsolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, tam contra debitorem principalem (qui etiam fidejussori *Actio* *Mandata* tenetur) quam confidejussores, cedat. *D. D. in Nov. 4. cap. 1. & l. 13 l. 17. l. 36. l. 39 ff. h. t. & hoc addò* processit, ut Fidejussor, non ante ad solvendum coarctari possit, quam creditor omnes actores, *reales*, & *personales*, atque totum Jus, quod tum contra reum principalem, tum contra confidejussores habet, cum omnibus qualitatibus, Fidejussori cederet, *ad. l. Clariss. D. D. Franz. n. 58. Schneid. n. 23. & 24.* Quæ ipsa excepti

exceptio excludenda actionem etiam in executione post litem sententiam opponi potest l. 1. §. si sit i. Ratio est, quia non impugnat sententiam, quales exceptiones admittuntur etiam post rem judicatam. *Asev. part. 1. decis. 146. n. 3. Brevenum in d. l. 51.* Quia omnia impone tibi notes, etiam, atque etiam velim: paucis enim abhinc diebus res ista me multum juvit; contigit nimirum, ut minus quamdam *Præceptum* ex *Fide-jussione* conveniretur. Ego Creditorem Exceptionem opposui cedendum Actionem. Creditorem instrumentum obligationi, quod à debitore principaliter habuit, cedere quidem annuit, sed pignora sibi reservare voluit. De summe meum principalem Actionem ex Fide-jussione impeti non posse, donec à pignora. & omnia cetera Jura, quæ adversus debitorem habuit, cessarit, & hoc fundatum est in l. 2. Cod. h. d. *Perez. ibid. n. 36. Brevenum. ibid.*

Quæritur II. Quando Fide-jussor petere debet, credi sibi actiones?

- 26 Sicut, qui mendicis propugnant, non se solutionem, vel in ipsa statim solutione petid. bene, ita, ut solutione jam facta fide-jussor petere non possit, ut actiones sibi cedantur. Ita *Trenel. vol. 2. disp. 28. rub. 6. tit. R. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 45. num. 26. harsch. part. 2. conclus. 22. num. 67.*

Movetur I. hac Ratio, quia per solutionem ejus, quod debetur, solvitur omnis obligatio; ergo tunc creditori nulla amplius Actio remanet; per consequens etiam nulla potest cedi, cum non erit nulla sint qualitates, & quod non est, cedi non potest.

Movetur II. per L. Modestum. 76. ff. de solut. ubi perspicue traditur, si post solutionem factam Actiones cessant, nihil ex cessione actum esse,

Verum, tamen hinc *Sententia Rigor* Juris iustitietur, & in omni Jure propugnari possit. *Myrator* tamen (quæ in omnibus spectanda, l. 91. ff. de R. J. & tello *Menochio de arbit. l. 1. quæst. 13. n. 17* Thysia contra Venenum appellatur) longe proximior est *Sententia*, Cessionem Actionum etiam post factam solutionem peti posse. datâ ad hoc fide-jussori adversus creditorem Actione impedi, eod quodd Fide-jussor, solidum solvens, videatur quasi misisse nomen debitoris; in *Emptione* autem, & *Venditione* Juris sit, ut Jus à venditore, quocunque tempore postulaverit emptor, cedatur l. 36. ff. b. t. Iam ipsa docent *Corpus. part. 2. consil. 17. decis. 16. n. 7. Barri. in d. l. 36. Harp. Inst. hic. n. 62. Perez. ad Cod. b. t. n. 37. Manz. tract. de fide-juss. cap. 10. n. 34. Et seqq.*

Ad Argumenta contraria. Quod ea procedant de Rigore, & *Apice* Juris; tamen si fortassis de hac nostra solutione *Nesum*, aut *Frontem* coerces, & fortè, hanc esse solutionem miserorum, regeras: *Zafis* tamen teste in l. 23. ff. de R. C. hæc in casu legis novæ dicitur optima solutio, quæ leges contrarias quandoque, ita interpretatur, ut procedant de rigore Juris.

Illud, incidenter notandum duxi, quod videlicet is, qui fide-jussit cum *Mortuo*, solus ex fide-jussione teneatur in solidum, secus, qui fide-jussit cum *Mortuo*; hæc enim casu non nisi pro virili portione tenetur. Ratio *Diversitatis*, vulgò hæc assignatur, quod *Sexus* ignorari non possit, bene verò *Ætas*, & *Beneficium* SC. *Vellum* semper certum sit, *Prætoris* verò *Rejunctio* incerta, imposita, quæ pendet ex cognitione causæ. *Brevenum in l. 74. ff. b. t.*

## §. FIDEJUSSORES. 5.

Quo Fidejussor *extensivè* in plus obligari nequeat, quam debitor principalis obligatus est, diximus ad §. 1. h. t. v. *Affertio* II. hic, idem repetitur, & præterea sanctur, in minus, quam debitor principalis, obligari posse Fidejussorem, ex *Ratione*, quia majori summæ inest minor, l. 1. §. ff. h. t.

## AD VERB. ITEM, SI ILLE.

- 17 Quid, si debitor principalis promississet purè, & simpliciter, potestne Fidejussor sub conditione, vel ad certum tempus promittere? R. posse, contra verò, si Principalis se se obligasset sub *condicione*, vel ad *diem*, Fidejussor si non possit obigare purè & simpliciter. R. pro, quia (ut *Multa Paucis* comprehendam) Fidejussor in *divisorem* causam obligari non potest, quam debitor principalis, potest tamen in *intorem* obligari. *Manz. n. 17.*

*Dicitur* stipulatio prius viciatur, in qua purè est interrogatio. Promissio verò *conditionalis* §. 5. *Inst. de inst. stip.* ergò idem in Fidejussione dicendum, quia fit per stipulationem. R. *conc. ant. neg. confeg.* quia stipulatio, & pro nullo pariant tantum unam obligationem, quæ non potest esse partim pura, partim *conditionalis*: huc autem obligatio Rei, siue Debitoris principalis tota *pura* est, Fidejussoris tota *conditionalis*.

## §. SI QUID. 6.

- 18 Ex hoc §. nihil habes, quod colligas, quam, quod Fidejussor id, quod pro debitore principali solvit, aut expendit, *Atque Mandat* ad eandem repetere possit. Tum, quia *Officium* suum nemini debet esse *damnosum*. Tum, qui aliarum non prohibet, pro se solvere, *mandare* creditur. l. 47. §. de *condict. indeb.*

*Dicitur* procedunt, si quis pro *presente*, vel alias *sciente*, ac *potente* Fidejussorie aut solverit. l. 18. ff. *Mandat.* Secus, si pro *absente* aut *ignorante* Fidejussorie, vel si *verit*: hoc enim casu *Alto Negotiorum gestorum* competeret, cum nullum *Mandat* præcesserit, l. 20. §. 1. l. 53. ff. *Mand. Harp. n. 3.*

Porro reperuntur nonnulli *Casus*, 19 quibus Fidejussor ante solutionem, à se factam, contra debitorem ad *Liberationem* agere possit.

I. Est, si debitor principalis *nimis diu* solutionem protraxerit, l. 38 §. 1. ff. *Mandat.* Diu autem videtur protrahere, cum intra *De annis* non solverit; quamvis, arbitrio Judicis periderandum, alii ceteris relinquant. *Harp. n. 8. Schmid. n. 4.*

II. *Casus* est, si debitor post Fidejussione à ita in *Prodigalitatem* inciderit, ut *facere* omnibus huius exinde labi possit, tunc enim *Perculum* est in mora *Guil. l. 2. op. 23 §. 6. Concord. Walther loc. cit. v. Exclusion.* Sane, si Fidejussor *sciam*, vel per *Ignorantiam Juris*, *Exceptionem*, debitori per *capiti* competentem, neq. exerceat, & solverit aliquid, repetere ab eodem non potest; *damnum enim*, quod habet, suæ *impudentiæ* facit. *Manz. n. 12.*

## §. FINALIS.

In hoc §. *Imperator* statuit, quoddam si quis *Instrumentum* producat, in quo continetur aliquem Fidejussisse, & Fidejussor *apparet*, nullam *Stipulationem* intercessisse, videantur omnia solenniter acta, ita ut *Instrumento* standum sit, donec probetur contrarium, *exp. 14. X. de fid. instrum. Manz. num. 3.*

## TITULUS XXII.

## DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 *Casus Litterarum obligationis.*
- 2 *An illa producat obligationem naturalem?*
- 3 *Quid sit exceptio non numerata pecunia?*
- 4 *Reus excipiendo fit actor; quomodo intelligendus?*
- 5 *Quamvis exceptio non numerata pecuniae locum habeat?*
- 6 *Quid? si Creditor actionem ultra biennium metas missis ex eadat?*
- 7 *Explicatur, quid de Jure Austriaco de exceptione non numerata pecuniam obtineat?*
- 8 *Illam non remota'ur paratam executionem.*
- 9 *An post biennium exceptio non numerata pecuniae obici possit, si debitor probari velit, pecuniam sibi numeratam non esse?*
- 10 *In causa depositi, cuncti, transactionis, exceptio non numerata pecunia non habet locum.*

## TRANSITIO.

**D**ictum *suprà*, obligationes alias contrahi *Re*, alias *Verbù*, alias *Litteris*, alias denique *Consensu*. Expositis itaque Obligationibus, quae *Re*, & *Verbù* contrahuntur, subiicitur nunc *tertia Divisio*, *suprà* posita, *species*, puta, *Obligatio Litterarum*.

## AD PRINCIPIMUM.

*Q*uam Obligatio Litterarum nobis sit? *minibus*: quomodo autem fuerit? *Acti*? *Imperator* non tradit; nec ego trado,

cum ista Nomina (Teste *Imperatore hic*) abutu recesserint. Vide *Harp. n. 4.*

## AD VERB. PLANE.

*Hodie* Litterarum obligatio contrahitur tunc, quando quis, spe future numerationis, dat alicui *Chirographum*, in quo confitetur, se certam quantumtem pecuniae ab eo mutuo accepisse, quam tamen non accepit. Ut ecce: ego, indigus pecuniatum, conveni cum aliquo *Mercatore* vel *Cambiarto*, ut mihi crederet 100. Ipse annuit, & petit, ut ei mitterem *Chirographum*. Ego bonà fide scripsi *Chirographum*, & in eo fassus sum, me à *Mercatore* 100. accepisse, spe fretus, fore, ut eandem mihi mitteret, vel numerari faceret.

Ve um, ipse recepit *Chirographum*, pecuniam autem mihi non mittit: hōc non obitante, post aliquod tempus *chirographum* producit, &, ad solvendos 100. confessus, me urget. Jam

*Quæritur* I. an ego *Mercatori* sim obligatus? & certum esse, me eidem *Re*, seu ex *Mutuo* obligatum non esse, quia *Mutuum* non contrahitur absque *Actuali*, & *reali* pecuniae numeratione. Neque sum obligatus *verbis*, quia *Stipulatio* nulla intercessit. Neque obligor *Consensu*, quia non aliter consensu in hanc confessionem, nisi *Actuali* sequeretur *Numerum*. Nam tamen obligatus *Litteris*, non qui *ten naturaliter*, quia deficit consensus, sed *civiliter*, tunc, quia hanc obligationem *litterarum* *Jus civile* approbat, cuius, quia *Chirographum* contra scribentem probat, l. 26. *Depositi. Manz. n. 11.*



## §. FIDE-JUSSORES 5.

Quo Fide-jussor *extensivè* in plus obligari nequeat, quàm debitor principalis obligatus est, diximus ad §. 1. l. 2. §. 5. *Affertio* II. hic, idem repetitur, & præterea sancitur, in minus, quàm debitor principalis, obligari posse Fide-jussorem, et *Ratione*, quia majori summæ inest minor l. 1. §. ff. h. 2.

## AD VERS. ITEM, SI ILLI.

- 17 Quid, si debitor principalis promississet purè, & simpliciter, potestne Fide-jussor sub conditione, vel ad certum tempus promittere? *Re. no*; contra verò, si Principalis se se obligasset sub conditione, vel ad diem, Fide-jussor se non posset obligare purè & simpliciter. *Ratio*, quia (ut *Molta Puccini* comprehendam) Fide-jussor in *divertorem* causam obligari non potest, quàm debitor principalis, potest tamen in *mutuorem* obligari. *Motta. n. 17.*

*Dices*; stipulatio prorsus vitatur, in qua *pura* est interrogatio. Promissio verò *conditionalis* §. 5. *Inst. de inut. Rep.* ergò idem in Fide-jussione dicendum, quia sit per stipulationem. *Re. conc. ant. neg. confeg.* quia stipulatio, & promissio pariunt tantum unam obligationem, quæ non potest esse partim pura, partim *conditionalis*: huc autem obligatio Rei, sive Debitoris principalis tota *pura* est, Fide-jussoris tota *conditionalis*.

## §. SI QUID 6.

- 18 Ex hoc § nihil habes, quòd colligas, quàm, quòd Fide-jussor id, quòd pro debitore principali solvit, aut expendit, *Adhuc Mandati* ab eodem repetere possit. Tum, quia *Officium* suum nemini debet esse *damnosum*. Tum, qui *aliqui* non *prohibet*, pro se solvere, *mandare* creditur. l. 47. §. de *condict. indeb.*

*Deinde* procedunt, si quis pro *præsente*, vel alias *sciente*, ac *presente* Fide-jussore aut solverit l. 18. ff. *Mandati*. Secus, si *pro absente* aut *ignorante* Fide-jussore, vel si *venit*: hoc enim casu *Actio Negotorum gestorum* competeret, cum nullo *Mandatum* processerit, l. 20. §. 1. l. 53. ff. *Mand. Harp. n. 3.*

Porro repetuntur nonnulli *Casus*, quibus Fide-jussor ante solutionem, à se factam, contra debitorem ad *Liberationem* agere potest.

I. Est, si debitor principalis *moniti die* solutionem protaxerit, l. 38 §. 1. ff. *Mandati*. Diu autem videtur protrahere, cum intra *De eorum* non so verit; quamvis, arbitrio Judicis *ponderandum*, alii rectius cedingant. *Harp. n. 8. Schœd. n. 4.*

II. *Casus* est, si debitor post Fide-jussorem ita in *Prodigal statem* incidere, ut faceret omnibus bonis exinde labi possit, tunc etiam *Periculum* est in mora. *Paul. l. 2. §. 25 & 6. Concord. Walther loc. cit. §. Excludit*. Sanè, si Fide-jussor *solvens*, vel *per Ignorantiam Juris*, *Exceptionem*, debitori *principalis* competentem, non *exeruit*, & solverit aliquid, repetere ab eodem non potest: *damnum* enim, quod habet, suæ *imputat* factitati. *Motta. n. 12.*

## §. FINALIS.

In hoc §. *Imperator* statuit, quòd si quis *Instrumentum* producat, in quo continetur *apposuit* Fide-jussisse, & Fide-jussor *apposuit*, non tam *Stipulationem* intercessisse: videantur omnia solenniter acta, ita ut *Instrumento* standum sit, donec probetur *contrarium*, cap. 14. §. de *fid. instrum. Motta. n. 3.*

## TITULUS XXI.

## DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 *Casus Litterarum obligationis.*
- 2 *An illa producat obligationem naturalem?*
- 3 *Quid sit exceptio non numerata pecunia?*
- 4 *Reus excipiendo sit actor, quomodo intelligendum?*
- 5 *Quantum exceptio non numerata pecunie locum habeat?*
- 6 *Quid si Creditor actionem ultra biennii metas institutionis ex eadat?*
- 7 *Explicatur, quid de Jure Austriaco de exceptio non numerata pecunia obtineat?*
- 8 *Illam non revivatur paratam executionem.*
- 9 *An post biennium exceptio non numerata pecunie obici possit, si debitor probari velis, pecuniam sibi numeratam non esse?*
- 10 *In causa depositi, cuncti, transactionis, exceptio non numerata pecunie non habet locum.*

## TRANSITIO

**D**ictum *suprà*, obligationes alias contrahi *Re*, alias *Verbo*, alias *Litteris*, alias denique *Consensu*. Explicatis itaque Obligationibus, quæ *Re*, & *Verbo* contrahuntur, subjicitur nunc *seruè* *Divisum*, *suprà* posite, *species*, puta, Obligatio Litterarum.

## AD PRINCIPIMUM.

*Quomodo* Obligatio Litterarum fieri *debet* *Naturæ*: quomodo autem fieri *debet* *Civili*? *Imperator* non tradit; nec ego tradit,

cum illa Nomina (Teste *Imperatore hic*) ab usu recesserint. Vide *Harp. n. 4.*

## AD VERB. PLANE.

Hodie Litterarum obligatio contrahitur tunc, quando quis, *ipse* future numerationis, dat alicui *Chirographum*, in quo constituitur, se certam quantitatem pecunie ab eo mutuo accepisse, quam tamen non accepit. Ut ecce: ego, indigus pecuniarum, conveni cum aliquo *Mercatore* vel *Cambionario*, ut mihi crederet 100. Ipse annuit, & petit, ut ei mitterem *Chirographum*. Ego bonâ fide scripsi *Chirographum*, & in eo falsus sum, me à *Mercatore* 100. accepisse, *ipse* fretus, fore, ut eodem mihi mitteret, vel numerari faceret.

Ve um, ipse recepit *Chirographum*; pecuniam autem mihi non mittit: hæc non obstante, post aliquod tempus *chirographum* producit, & ad solvendum 100. confessus, me urget. Jam

*Quæres* I. an ego *Mercatori* sim obligatus? & certum esse, me eidem *Re*, seu ex *Mutuo* obligatum non esse, quia *Mutuum* non contrahitur absque *aliâ*. *Si* reali pecunie numeratione. Neque sum obligatus *verbo*, quia *Stipulatio* nulla intercessit. Neque obligor *Consensu*, quia non aliter consensu in hanc confessionem, nisi *Actualis* sequeretur *Numerum*. Num tamen obligatus *Litteris*, non qui *seu naturaliter*, quia deficit consensus, se *litteris*, tum, quia hanc obligationem *litterarum* *Jus civile* approbat, tu, quia *Chirographum* contra scribentem probat, l. 26. *Deposit. Monz. n. 11.*

Q q q 3 *Quærit*

*Quæst. II. an ergo isti Mercatori dabitur contra me Actio? Dicitur prima fieri nullo, quod non, quia nemo improbitate suâ actionem debet etilequi.*

Verum & dari contra me *Actionem*, quam aliqui *Conditionem chirographariam*, alii *Conditionem ex Letteris baptizant*.

Ista autem *Actio*, si eâ impetatur, à me potest elidi per *Exceptionem non numeratâ Pecunia*, qua ego non nego me illam conditionem in literis fecisse; sed dico, pecuniam mihi actualiter numeratam non fuisse. Adeoque onus probandi *Numerationem*, rejicio ad ipsum *Creditorem*, qui probare tenetur, pecuniam confessatam numeratam esse, quod si in *Probatione* defecerit, posero *Chirographum* condicere. l. 14. Cod. de non numer. pecunia. Harp. n. 5.

Dicit: Reus in *Exceptione* sit Actor, & *Exceptionem* suam probare tenetur, l. 1. ff. except. ergo *Debitori* incumbit onus probandi; non *Creditore*. & antecediens procedere, quando excipiens affirmat aliquid factum esse; secus, si neget, numerationem factam esse; tunc enim negans nulla est probatio, l. 2. ff. de probat. Manz. n. 20.

*Quæst. III. Quamdiu exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit? & Textus: ultra biennium metas hujusmodi Exceptio nomine extenditur. Concl. id. Im Ausfr. ex eplo non numeratæ pecuniæ ultra biennium non habet li cum: siquidem biennium istud non utile sed continuum tempus habet; estque beneficium odiosum contraveniens, & fidem instrumenti, cui vim suspendit, & probationem transfert in eum pro quo militat, minus extendendum. Verum elapso tempore, remanet instrumentum, & cessio obligationis in communem vigore, quemadmodum & salve sunt debitori conventio exceptioni ordinaria.*

*Quæst. IV. Quid, si Creditor intra biennium nunquam agit, & mali rati differt Actionem, donec tempus illud elabatur? & quid Debitor hoc in casu possit nihilominus exceptionem opponere, & conditione chirographariâ, per modum querelæ, adversus debitorem agere, vel ad hoc, ut sibi pecunia confessata numeretur, vel chirographum reddatur. Quod si debitor nec hoc fecerit, postea non audietur, & d. tanquam verus debitor condemnabitur. & ad solutionem tenebitur, l. 1. Cod. de non numerat. pecun. Harp. n. 10. Ratio est, tum, ut puniatur Negrens debitoris, qui per integrum Biennium syngrapham penes creditorem reliquit, & non repetit; tum, quia debitor non prætulerit ut tam supinus, & negligens, ut intra biennii spatium pecuniam non ageret; & ab cautionem datam non revocaret.*

Idem procedunt de *Jure communi scripto*; cum autem parum proficere videatur, haberi notitiam *Juris communis*, ignorare verba, quæ de consuetudine in *Curiis & Tribunalibus* praticantur, Idem

*Quæst. V. Quid ergo in hac nostra Austriaca circa Exceptionem non numeratæ pecuniæ Juri & Styli sit?*

Ut rem exactè intelligas, præ omnibus tibi impense notes (velim) quod de *Jure Austriaco* quævis scriptura privata, manu propria, & Sigillo Debitoris munita, potatam post se trahat executionem. Reid. Deß. Execut. ord. Tit. 1. § 10. §. 1. Joann. Hurr. Renter in suis Tabul. de different. Jur. criminum. & Ausfr. ad Tab. 16. n. 19. Suttmg. obs 103. n. 2. Eins jeshwedere Privat. Berf. dritburg, &c. n. e. Quodlibet privatum instrumentum, ex consuetudine provincie, paratam habet executionem, nec in executione altiorum indagatum requiritur, nullus

ultra appellatio admittuntur. multa minus paries in parato cursu executionis, Commissio debent suspendi. sed debitor per gradus executionis compellitur ad solvendum numeratam praesentique pecunia: tunc potest NB facta solutione, aut etiam intra cursum executionis, quia tamen non interruptitur, quas habet exceptiones, juxta ordinem juris proponere.

Quae constitutio in tantum extenditur, ut nec Exceptio solutionis, nec compensationis executionem rememorari possit. Per Generale Ferd. II. de dato 5. Decemb. A. 1633. ibi: *sub keine*; i. e. Ne ulla dilatoris exceptio, a latere longum tempus vel judicium requirere, ultra appellatio admitti debeat. Ita iudicatum sub dato 9. Jan. 1642. ut domine Commissa de Mariberg executioni ulterius proseguenda concederetur: exceptionem autem solutionis; juxta juris ordinem solutione facta proponendam, haberet Dominus Comes de Algeau. Ha in antecessum praevisis.

8. Ad propositam Quaestionem, Exceptionem non numeratae pecuniae de Jure quidem Austriaco locum habere, non tamen remorari paratam executionem, per cit. Generale Ferd. II. Stebes also, &c. i. e. igitur in dicto casu, qui adversus pr. priam scripturam, de non numerata pecunia excipit; in hoc habet beneficium, ut post factam solutionem, possit intra biennium petere, ut sibi succurratur. Atque in casu hunc creditori omnes, vel docendi assidue p. curiae numerationem; vel, in casu succumbentis, pecuniam sibi niger ut, hanc numeratam, & omnes per viam executionis factas expensas itaque de Jure Austriaco Debitor constitutam summam creditori tenetur solvere; post solutionem vero factam demum rejicit onus probandi in creditorem, qui pecuniae numerationem probare tenetur. Pünfser. lib.

2. obs. 7. n. 6. Quod utique procedit, si intra biennium debitor exceptionem non numeratae pecuniae moverit. Sed, Q. VI. An post biennium Exceptio non numeratae pecuniae obijci possit, si debitor liquidò probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse?

Negativam acerrime tuerentur. Glottis selbst. quæst. part. 3. cap. 2. Harpprecht. n. 13. Hum. lib. 3. traß. 6. Q. 2. Fash. lib. 2. cap. 81. & plures ab his allegati.

Moveretur I. per l. 8. Cod. de non numerata. Ubi perspicue cautum est, Debitorem post legitimum tempus (id est biennium) non modò compelli, debuium solvere. II. per text. l. 14. Cod. eod. ubi dicitur, elapsò biennio, Quoties nullò modo amplius introduci posse. III. per d. l. 14. §. 3. Cod. eod. ubi statuitur; elapsò biennio, debitorem audiendum non esse, si Creditori Juramentum detraat.

Verum, tunc in rigore Juris haec Sententia facile defendi possit; mihi tamen contraria (vixit Equitati consona) magis arridet, quae docet elapsò biennio, exceptionem non numeratae pecuniae adhuc locum habere, si debitor liquidò probare possit, pecuniam numeratam non esse. Hujus sententiae Patronos producit Clariss. D. D. Franz. n. 23. hic. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 6. ult. Bachov. ad Trentl. vol. 1. disp. 20. sb. 2. lit. C. Carpaov. pars. 1. consil. 32. def. 66. n. 24. qui in iudicando ab hac sententia ait, recedendum non esse. Mev. part. 2. Decis. 22. n. 3. Zosf. ff. de O. Et A. n. 34. biennium. m. l. 12. Cod. de non numerata. Pünfsermald. lib. 2. obs. 8. Susting. in Manuscript. V. Exceptio non numeratae pecuniae. Ubi pro hac sententia allegat aliquod praesidium.

*Nititur* I. hac efficaci ratione, quia nimirum illicitæ, & iniuæ exactioes, siue petitiones in Jure non sunt admittendæ, *L. 6 ff. de off. prefat.* atqui petere pecuniam quæ numeratâ non est, utique est iniqua petitio, ergo non admittenda.

II. Exceptio doli est perpetua *L. 5. §. fin. ff. de dol. mal. excep.* exceptioni verò non numeratæ pecuniæ exceptio doli conjuncta est, & una succedit in locum tertâ, *l. 3. Cod. de non numer. pecun.* licet itaque exceptio non numeratæ pecuniæ temporalis sit, atque biennii metâ circumscripta; exceptio tamen doli perpetua erit.

III. Introducta in alicujus favorem non debent torqueri in ejus odium, *L. 6. Cod. de LL.* atqui hoc modò Exceptio non numeratæ pecuniæ in favorem debitoris introducta, in odium ejus retorqueretur, siquidem absque illa de Jure communi habuisset exceptionem communem de dolo perpetuam, ergo.

*Argumentum contrarium* unâ *Responsione* confunduntur; *allegati* enim *sexus* procedunt de eo casu, quo debitor *contrarium* probare non potest. *Brunn.* & *omnes*, *suprà* recensiti.

*Ceterum*, ista *Exceptio*, quam hæc-<sup>to</sup> nus exposuimus, in nullo alio contractu, quàm *Mutui*, & in *Causa Dotis* locum sibi vendicat. Unde, si quis ex alia causa (puta, *Depositi*, *Empti*, *Transactiois* &c.) confiteretur se *debere* 120. talis confessio contra scribentem, & consistentem probaret, *L. 26. §. fin. ff. de posui.* Ratio specialitatis est, quia homines in his contractibus ad effrenatam consistendum sunt procliviores, ut nimium consequantur Pecunias, aut Uxores, quam in aliis. *Schneid. n. 15.*

*Dices*: In hac nostra Austria rarò exceptio non numeratæ pecuniæ fortietur locum; quotquot enim obligationes legeris, aut videris, semper clausula subjecit, qua debitor renunniat omnibus exceptionibus (puta, *non numerata pecunia: res non sic: sed aliter gesta: & de non in rem versò*, &c.) & hac renuntiatione non obstante, exceptioni non numeratæ pecuniæ nihilominus locum esse, qua enim fragilitate quis inducitur ad consistendum, eadem quoque inflectitur ad renuntiandum, *Harp. n. 19.*

## TITULUS XXIII.

### DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

**O**bligationibus quæ *Re*, *Verbis* & *Litteris* inveniunt discussis, sequitur *quarta species* obligationum ex contractu; nempe obligatio, quæ solò consensu perficitur: est enim omnes obligationes consensum necessariò requirant, hæ tamen quatuor, quæ hic recensentur (puta, *Emptio Venditio*, *Locatio Conductio*, *Societas*, & *Mandatum*) consensu contrahi idè dicuntur, quoniam nu-

dâ voluntate, nudò, & solò consensu contrahentium perficiuntur; in exteris verò contractibus præter consensum, aliud quid necessarium est, nunc puta, quæ re celebrantur rei traditio; in stipulatione, verborum solennitas; in litterarum obligatione, scriptura; atque hæc est præcipua inter contractus consensuales, & ceteros differentia.

## TITULUS

T I T U L U S XXIV.  
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

SUMMARIA.

- 1 Definitur emptio venditio.
- 2 Quare dicatur solo consensu contrahi?
- 3 Resolutum l. 13. §. 8. ff. de act. empt.
- 4 Emptio domus, quam emptor ignorabat consignasse nulla est.
- 5 Venditor tenetur tradere, non dare.
- 6 Evictio de jure communi prestanda; licet nihil contrarium sit.
- 7 Secus de Jure Austriaco.
- 8 & 9 Emptio venditio quando dicatur perfecta?
- 10 Qua? si sit verum fingibilem?
- 11 In scriptis celebrata, non aliter perfecta dicitur, quam si instrumenta confecta fuerint.
- 12 Si una pars offerat, in scriptis celebratum esse, altera vero neget, quis probare teneatur?
- 13 Arrba, adjecta emptioni venditioni, quid operetur?
- 14 Pretium debet esse certum, & consistere in pecunia numerata.
- 15 An in arbitrium tertii recte conferatur?
- 16 Quid Juris? si in instrumento emptionis venditionis quantitas pretii expressa non sit?
- 17 Qualis sit contractus, si pars in pecunia: partem in specie consistat pretium?
- 18 Si res empti ante traditionem pereat, cujus sit periculum?
- 19 De iditior, emptoris esse.
- 20 Resolvuntur objectiones.
- 21 Limitatur, si dolus, vel culpa venditoris intervenierit.
- 22 Item si res alternativè vendita.
- Kees ad Institutum.

- 23 Vel fingibilis sit.
- 24 An valeat emptio venditio, si equus intra tot dies tibi placueris?
- 25 Adornatur effectus hujus contractus.
- 26 An venditor, interesse praestando, liberetur à traditione?
- 27 Explicatur, ad quid venditor obligetur?
- 28 Monopolia Jure civili prohibita.

**P**rima species contractus, solè consensu iniri, est Emptio-Venditio, quæ commodè definitur, quòd sit contractus, solò consensu initus, de Re, pro certo pretio tradenda, Clariss. D.D. Franz. Inst. h. t. n. 4.

Dixi I solò consensu iniri, ut differat emptio venditio à reliquis contractibus, qui (præter consensum ad sui perfectionem) requirunt vel solennitatem verborum, vel scripturam, vel rei interveniunt, emptio enim, & venditio solò consensu ita perficitur, ut statim, simul atque de re, & pretio conventum est, producatur actio, l. 1. l. 9. ff. de contrub. empt. Harp. n. 15.

Non adversatur l. 13. §. 8. ff. de act. empt. vend. ubi dicitur, quòd actio empti, & venditi non nascatur, priusquam res sit tradita, offerri (aut textus) pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo, etsi pretii partem offerat, nondum ipsi ex empto actio; venditor enim, quasi pigritus, retinere potest eam rem quam vendidit. Non (inquam) lex ista adversatur: enimverò nascitur quidem actio ex emptione venditione, etiam ante traditionem rei venditæ, & solutionem pretii, sed illa actio exceptione non soluti pretii eliditur, l. 25. R. r. ff.

*ff. d. t. Adeoque sensus d. l. 13 §. 8.* est, quod ante traditionem, & solutionem pretii non nascatur actio, quae forniator plenum effectum, utpote elidenda per exceptionem; non autem sensus est, quod nulla penitus nascatur actio ante traditionem, *Harp. n. 16.*

4 *Dixi II. de re*, quia sine re (puta, *merx*, quae veneat) nec emptio, nec venditio potest intelligi, *l. 8 ff. de contrab. empt.* Unde, sua sponte fluit, quod emptio alicujus domus, quam emptor ignorabat, esse exultam, sit nulla, *l. 57. ff. d. t. Ratio*, quia deficit merx, requisitum essentiale emptionis-venditionis, *Manz. n. 10.*

*Dixi III. pro certo pretio*, ratio, quia sine pretio nulla venditio est, *l. 2. ff. de contrab. empt.* cum pretium sit etiam substantiale requisitum emptionis-venditionis, *l. 36 ff. d. t.*

5 *Dixi IV. tradenda*, quandoquidem tradere non dare necesse emptori tenetur, *l. 11. §. 2. l. 30. §. ult. ff. de a. l. iur.* atque per hoc emptio venditio distinguitur a permutatione, quae rei alienae nulla est, *l. 1 §. 3. ff. de rer. permut. Tres ff. cod.* Quod si tan in mercis sit Dominus venditor, facit & emptorem Dominum, modo pretium sit solutum Sin venditor Dominus non fuerit, usufructu condonacionem transfert in emptorem, & ei, evictionis nomine obligatur; etiam si nihil expressè de ea convenierit, *l. 11. §. 2. ff. de a. l. emp. Harp. n. 29.*

7 Quod procedit de *Jure communi*; secus obtinet de *Jure Anglicano*, si candidum quod, si de praestanda evictione expressè conventum, atque venditionis instrumento inserta non sit; evicti re, emptor adversus venditorem nec agere, nec legitimè, efficaciter denunciare potest. *Sutong. obs. l. 4. §. 1. & 33. Funglerwald l. b. 2. obs. 88.*

## AD PRINCIPIMUM.

*Quantum hic in principio*, quando 8 contractus emptionis venditionis dicatur esse perfectus? multum refert, accuratè intelligere, quandonam emptio-venditio dicatur perfecta? Nam I. non est amplius locus poenitentiae. II. Oritur statim obligatio, & actio. III. periculum rei emptae ad emptorem pertinet. Itaque,

*R.* Ad propositam questionem sub triplici distinctione. I. vel emptio-venditio purè contrahitur, vel sub conditione: II. vel sit in scriptis, vel sine scriptis: III. vel est rerum, quae ponderantur, mensurà constant, vel aliarum rerum: v. g. domus, agri, vineae, equi, vestis &c. his positis, sequitur

*C. n. s. o. I.* si emptio-venditio purè 9 celebrata est, tunc statim simul atque de pretio, & necesse inter contrahentes conventum est, perficitur, quamvis pactum nondum numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit, *text. hic.* Ratio quia contractus emptionis venditionis solò consensu constat, ergo non requiritur in eo actualis rei interventus, ut vel merx tradita, vel pretium numeratum sit. *Manz. n. 4 hic.* & sic, non obstante, quod neque res tradita, nec pretium numeratum fuerit, contractus nihilominus perfectus: nec amplius poenitentiae locus erit. *Sutong. in Mann-Script. lit. R. Funglerwald lib. 2. obs. 75. num. 4.*

*De his procedit si emptio venditio sit* 10 rerum non sunt ut in, v. g. domus, agri &c. secus, si sit rerum fungibilium, quae proutesse, & numero, & mensurà constant, harum enim emptio venditio non ante perficitur, quin si adnumerata-administrata, & appensa fuerint, *text. notabilis in l. 35. §. 1. ff. de contrab. empt.* *Clarif.*

Clariss. D. D. Franz. h. s. n. 81. Zoef. ff. de peric. & commod. rei vend. Ratio, quia id genus res censetur venditæ sub conditione mensurationis, appensionis, vel adnumerationis, emptio autem conditionalis (prout statim audiemus) non prius dicitur perfecta, quam ubi conditio exuterit, ergo. Obtingenssi Inst. h. s. Quæst. 11. Berlich. Decis. 346. 347. § 348.

Dixi: § ne quidem arrha intervenit: ratio est in textu, quia arrha tantum, evidentioris probationis causâ, interponitur, non ad substantiam contractus, sive ergo arrha intervenit, sive non, modo de pretio conveniatur inter partes, emptio perfecta esse, intelligitur. Harp. num. 11.

Conclusio II. si emptio-venditio sub conditione celebrata fuerit, non prius dicitur perfecta quam si conditio extiterit; conditionalia enim pendem ex eventu conditionis, l. 2. §. quid si ff. de peric. & commod. rei vend. Unde, si pendente conditione, res emptæ tota perierit, periculum venditoris erit, l. 8. ff. d. s. Wesemb. in parat. cod. tit. n. 3. Schneid. n. 5. Dixi tota, periculum enim deteriorationis spectat ad emptorem, d. l. 8. v. sane si extiterit res, Brunnem. ibid. n. 17.

II. Conclusio III. Si emptio venditio in scriptis celebrata fuerit, non aliter perfecta intelliguntur, quam si instrumenta desuper confecta fuerint, text. hic § l. 17. Cod. de fide instrum. ratio quia nihil censetur actum, quamdiu aliquid restat ad agendum, l. ult. Cod. ad SC. Syl. Mura. n. 10. Unde, si contractus in instrumentum scripturæ redactus non fuerit, quisque contrahentium impune recedere poterit ab eo, text. hic. nisi quid arrhæ nomine fuerit datum, quod amittitur; aut duplicum

restituatur, text. h.c. ut ecce: pretium alicujus libri heratus sum à scriptario, cumque ille dubitaret de consensu domini, ego interim, donec consensus requireret, arrham obtuli. Hoc in casu possum restituere ab isto tractatu; ita tamen, ut arrhæ patiar dispendium, l. 17. Cod. de fide instrum. Glottie part. 3. cap. 20. n. 13. Fäuserwald. lib. 2. obj. 76. n. 1.

Sed quid Juris? si una pars asserat venditionem in scriptis celebratam esse, altera verò neget? & asserentem probare debere, inter contrahentes in principio statim statim, & conventum esse, ut emptio-venditio redigeretur in scripturam Brunnem. in d. l. 17. Schneid. n. 4. hic. Mascard. de probat. Conclus. 435. n. 8. Klok. Consil. 16. num. 117. vol. 2. Menoch. lib. 3. præsump. 148. Qui omnes communiter harmonice testantur hanc esse communem opinionem, ita, ut, si de voluntate partium, quod contractum in scriptis fieri voluerint, satis non constat, solum consensu perficiatur emptio venditio, & hoc vel maxime procedit in Austria, s. e. ubi instrumentum emptiois venditionis magis pro confirmatione venditionis habetur, quam pro necessario requisito ad contractum, & sæpius post rei venditæ traditionem confici solet. Sutting. in Manuscript. lit. K. ibi, ita judicatum, refert.

Illud adhuc notandum, arrham ali- quando ab emptore dari in signum, & argumentum. emptiois, ita, ut postea nihilominus solvatur integrum pretium, inter contrahentes conventum, & hoc casu procedunt ea, quæ diximus, ut nimirum, si unus contrahentium invicem altero, à contractu restituere velit, arrha vel perdat, vel duplicata restituatur, Dixi: invito altero



nam, si mutuo consensu ab emptione recederent, emptor reciperet, quod, arrharum nomine, dedit, *l. 11. §. 6. ff. de arr. empt. Schuerl. n. 11. Myusfing. n. 7.* Aliquando verò datur arrha non in argumentum, & securitatem contractus, sed ut pars pretii; & hoc in casu, cum res non amplius sit integra, neutri permittitur, à contractu resilire. *Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 2. n. 18. Manz. n. 33.*

### §. PRETIUM. I.

*Pretium* in emptione venditione adesse est necessarium, ut nulla emptio sine pretio esse possit: ratio, quia *substantialia* actus ab actu abesse non possunt, atqui substantialia emptionis venditionis sunt *consensus, merx, & pretium*, ergò.

### AD VERS. SED ET CERTUM.

14. Debet autem pretium *duas qualitates*, seu *proprietas* habere. I. est, ut sit certum. II. ut consistat in pecunia numerata; certum autem pretium esse dicitur, cujus quantitas, aut ipso nomine expressa est, aut conveniente aliqua relatione, seu demonstratione designatur, quæ vice nominis fungitur, V. g. hic fundus sit tibi emptus 300. aureis; vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi, vel emo à te fandum tanti, quantum pretii in arca, vel crumena habeo, vel tanti, quanti in proximo nundinis res valebit, *l. 7. §. 1. ff. de contrah. empt.* ratio, quia in huius posterioribus casibus non tam incertum dicitur pretium, quam ignotum. *Harp. n. 4.*

### AD VERS. ALIOQUIN.

15. *Quæritur* hic an valeat emptio venditio, si determinatio pretii in arbitrium

tertiū conferatur. V. g. ut res tanti sit tibi emptæ, quanti Titius eam æstimaverit? Tametsi veteres multum dubitaverint, tamen tales emptio-venditio valeret necne? Imperator tamen hic statuit, quod pretium possit conferri in arbitrium tertii, ex ratione fortassis ista, quia contrahentes sæpè ignorant condigna rerum pretia, ut proinde, ne impediantur commercia, necesse fuerit permittere, quod æstimatio in pretium aliquem arbitrium conferri possit. *Manz. n. 13.*

Illud tamen substantialiter desideratur, ut ille tertius, in cujus arbitrium determinatio pretii refertur, *certus sit & specificè nominatus*, v. g. *vendo tibi equum tanti, quanti Titius æstimaverit.* Unde, si ille tertius non exprimitur, prout sæpe numero faciunt plebei in casu, quo de pretio convenire non possunt; dicentes: faci mus rem æstimari & quanti æstimata fuerit, tanti sit tibi vendita, talis emptio-venditio nulla est; ex ratione, quia semper disceptare contrahentes, in eligendo æstimatore, & sic contractus faciliè redderetur elusorius, cum homines ad dissentendum faciles sint, *l. 17. principaliter. ff. de recept. arbit. Schuerl. Inst. hic. n. 4.* Ex eodem fonte fuit, quod etiam talis venditio non valeret, si partes dicerent, quod postea motus animi iam concordare velint, *Sie wollen sich des Kaufs-Schicks halber, hernach schon vergleichen.* *Harp. n. 13.*

### §. AD VERS. EMPTORE QUIDEM.

Ex hoc §. nihil laud colligas, quàm quod si tertius specificè nominatus pretium definiuerit, tunc emptio venditio teneat, & pro lucatur actio empti venditi, qua contractum servare recitibus ad ejus implemendum compellatur.

## AD VERS. SINE AUTEM.

- 16 Sed quid? si tertius ille vel noluerit, vel non potuerit definire pretium? tunc emptio-venditio nulla erit, *text. hic*. ratio, quia talis emptio-venditio, in qua determinatio pretii confertur in arbitrium terti, conditionalis esse, censetur, puta, si Titius, vel ille tertius arbitratu fuerit, conditio nalia autem conditio non eximente perimuntur, *l. 8 § quod si ff. de per et como l. rei vend. Manz. n. 24.* ceterum, si tertius inique arbitratu fuerit, tunc recurritur ad arbitrium discreti Iudicis, qui arbitramentum ad terminos æquius reducat. *Zoef ff. de contrah. empt. num. 35.* Arbitrium autem dicere, nemo compellitur; nisi illud acceptaverit. *Schneid. n. 6.*

*Quæres I. An ex instrumento emptionis venditionis agi possit, in quo quantitas pretii expressa non est? Ratio dubitandi est, quia ex instrumento, in quo fit mentio promissionis, agi potest perinde ac si scriptum esset, interrogationem præcessisse, §. 12. & §. 16. Inst. de iust. stipul. ergo idem hic dicendum erit.*

Verum, *contraria Sententia* verisimilior est, cui subscribunt *Garl. lib. 2. obs. 13. Zoef. loc. cit. n. 36. F. ab. lib. 2. cont. 34. Babov. ad Transl. vol. 1. disp. 28. ib. 6. lit. D. Ratio sola, sed fundamentalis est, quia in emptione & venditione pro forma requiritur, ut pretium sit certum, & determinatum; quale dici non potest, cujus quantitas non patet. Deinde, licet in instrumento aliquo scriptum esset, dotem fuisse promissam, ex eo tamen agi non potest, si non constet de certitudine, & quantitate dotis promissæ *l. 1. Cod. de Dot promiss. ergo idem hic differendum.**

Ad rationem dubitandi *et con. an. neg. confeg.* Disparitas est, quia in stipulatione facile currit præsumptio Juris, quod interrogatio præcesserit, si constet de promissione; nemo enim censetur voluisse aliquid promittere, quia per illam promissionem se simul etiam obligare voluerit. Jam, cum ad obligationem sola promissio non sufficiat, sed interrogatio præcedere debeat, facile præsumitur præcessisse, ut actus potius valeat quam pereat, *Harp. §. 16. Inst. de iust. stipul.* Secus est in emptione, & venditione, ubi, licet vellemus præsumere, de pretio conventum esse, certitudinem tamen pretii, quæ essentialiter requiritur, præsumere non possemus.

## AD VERS. QUOD JUS.

Quemadmodum in emptione venditione pretium debet esse certum, & determinatum ejus in arbitrium terti conferri potest: ita etiam de mercede in locazione conductione par Jus obtinet. De quo suo loco.

## §. ITEM PRETIUM. 2.

*Secunda qualitas pretii est, quod debeat consistere in pecunia numerata, non in specie: alias enim permutatio foret, text. hic.* Quod tamen cum mica salis intelligendum, ut pretium in pecunia numerata ab initio determinetur, nam, in solutione bene potest res alia solvi pro pecunia, volente tamen venditore. non autem, ed invito, *l. 9. Cod. de rescind. vend. Schneid. n. 1.* Ratio quia in omni negotio primaria contrahentium intentio inspicenda est, non id, quod ex postfacto per accidens sequitur. *Manz. n. 15.* Unde advertis, emptionem venditionem, & permutationem esse diversos contractus,

permutatio enim tunc proprie fieri dicitur, quando species certa pro specie certa datur, veluti hic *best* pro illo equo, hic *herv* pro illo *psten*, &c. Emptio venditio verò quando pro specie datur pretium in pecunia numerata *Schneid. n. 4* ubi plures differentias inter emptionem venditionem, & permutationem enumerat.

**Quæst. II.** Qualis sit contractus, quando ex una parte certa species tantum, ex altera vero parte species, & simul pecunia datur? *Id.* cum prius inspicienda esse contrahentium intentionem. Si inter partes actum sit, ut sit emptio venditio, erit iudicanda talis; si ve pretium superet valorem speciei, si ve non. Si vero inter contrahentes actum sit, ut esset permutatio (forte, quia conventionis nomen permutationis semper attribuerint) tunc permutatio erit, licet pecunia maior sit, quàm æstimatio speciei, *l. 6. § 1. Et 2. ff. de ac. empr. vend. Gloss. ibid.* Ratio est, quia intentio dirigit tam animas voluntate, *l. 76. § donationis ff. de legat.* quàm contractus, ne alias agentium intentionem, & mentem negligamus, quod leges non ferunt, *l. 19. ff. de R. C. l. multum. Cod. si quis aliam, vel sibi, Et c. Cover. var. resol. lib. 2. cap. 4. n. 9. Zosf. ff. de ver. perm. n. 6.*

Sed quid si de mente, & intentione contrahentium non constet? Tunc distinguendum est, num pecunia prævaleat, num res? Si prius, censebitur emptio venditio. Si posterius, permutatio erit, *cap. 6. de perm. Manz. n. 18. Inst. hic. Zosf. loc. cit.* Ratio est, quia à posteriori sit denominatio. *Cover. V. r. resol. 19. cit. Gomez. var. resol. Tom. 2. cap. 2. n. 10.*

**Ad,** quid tunc Juris, si res, & pretium sint æqualis valoris? tunc

sunt aliqui, qui docent, esse contractum innominatum *Gomez. loc. cit. Harp. n. 7. S.bern. n. 9. Birt. in l. 1. ff. de ver. perm. Moventur per l. 1. l. 2. Et l. 3. ff. de p. script. verb. ubi regula generalis proponitur, quod quoties de nomine alicujus contractus dubitatur, tunc danda sit actio p. scriptis verbis, & consequenter censeatur contractus innominatus.*

Verùm, alii tenent, partim esse emptionem venditionem, partim esse permutationem *Fuch. lib. 2. cap. 4. Cover. loc. cit. Manz. n. 19.* Moventur hac ratione, quod nimirum tale negotium utrimque contractus substantialia habeat, novi autem nihil esse, ut aliquis contractus diversò Jure censeatur, ut partim sit venditio partim donatio, *l. 32. § pen. l. 5. §. 5. ff. de donat. inter vir. Et uxor. Sand. hæc questio, potest fortè primò intem videri possit, non est de lana caprina sed magni effectus, & utilitatis: enim verò in permutatione Jus retrahens locum non habet, secus in emptione-venditione *Zosf. ff. de Retrah. num. 85. Et seqq.**

#### §. CUM AUTEM. 3.

Ille § concordantem habet *integ. Tit. 18 in ff. de per. n. Et commod. rei vend.* qui ut dilucidè intelligatur, *fac. v. g. me tibi vendidisti catenam auream, vel domum meam, & antequàm catenam vel domum traderem, fortuito incendio catenam vel domum comburi. Quapropter est, ad quem pertinet periculum?* Videtur primò fronte statendum, quod periculum pertineat ad venditorem.

**L.** Quia quilibet res perit suo domino, *l. 6. Et 9. Cod. de pignorat. act.* atqui ante traditionem venditor adhuc manet dominus rei vendite, quia non iudis pactus, sed traditionibus transferuntur rerum

rerum dominia; l. 20. *Cod. de pign. ergo.*

II. Quia rei oppigneratæ periculum non spectat ad creditorem, pignoris possidentem, sed ad debitorem, ex ratione, quia est domus pignoris, d. l. 6. *§. 9.* ergo etiam rei venditæ periculum non spectat ad emptorem, sed venditorem, quia hic est dominus rei venditæ.

III. Quia pecunia, quam emptor, tanquam pretium rei venditæ, solvere venditori, destinavit, si pereat, perit emptori; ergo similiter, si res vendita ante traditionem pereat, peribit venditori.

IV. *Per l. 3. ff. locati.* Ubi dicitur, si fundus venditus, antequam traderetur, fuerit publicatus, quod periculum spectat ad venditorem, & hic pretium restituere teneatur.

V. *Per l. 4. ff. de pericul. & commod. rei vend.* ubi in hæc verba exhibetur. *Letos emptor aditu, cum in via publica profectus esset, concidit, si traditus esset emptori; aut per eum steterit, quominus traderetur, emptoris periculum esse, placet.* En: in hac lege offeritur, quod tunc demum periculum ad emptorem pertineat, si res ei tradita fuerit, aut per eum steterit, quominus traderetur, ergo à contrario, si res ei tradita non fuerit, aut per eum non steterit, quominus traderetur, non ad emptorem, sed ad venditorem spectare debet periculum.

VI. *Per l. 14. §. 1. ff. eod. tit.* his verbis: *Materia emptæ si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculum, respondet: si minus venditoris, videtur autem res tradita, quas emptor si perdidit.* En: aperte hic dicitur ante traditionem periculum rei venditæ spectare ad venditorem.

Verum his argumentis, quæ ponderari non carent, in contrarium nihil remotionibus, communi Doctrinæ calculis approbata est *Sententia*, quæ docet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad emptorem. Ita *Bachov. ad Trentl. vol. 1. disp. 37. lib. 2. tit. C. & D. Glettle. part. 3. quasi 20. Zoef. ff. de pericul. & commod. rei vend. n. 6. Covar. lib. 1. cap. 15. n. 2. Brunnen. in l. 8. ff. de Carpz. part. 2. Confess. 26. def. 19. Gomez. var. resol. tom. 2. n. 32. & communiter omnes.*

Naturæ I hæc *Sententia* apertissimò textu nostrò §. 3. *Infl.* hic cum autem emptio venditio perfecta est, quod effecti diximus, simul atque de pretio convenierit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet; tamen si ea res emptori nondum sit tradita. Non explico hunc textum, ne soli lucernam addidisse, videar.

Naturæ II l. 5. §. 2. ff. de rescind. vend. ubi dicitur, mortuò homine venditò, perinde habendum esse venditionem, ac si traditus esset, utpote, cum venditor liberetur, & emptori homo periret.

Rationes porro pro hac *Sententia* à variis variæ alegantur, mihi illa placeat, quæ in ipso textu continetur, parta, quia scilicet omne commodum rei venditæ ante traditionem spectat ad emptorem; ergo etiam incommodum ad eum spectabit, cum secundum naturam sit, ut eum sequantur incommoda, l. 10. ff. de R. J.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

Primum quidem quod attinet, ad-20 mimentò distinctionem resolvitur: quælibet res perit suo domino, nisi dominus sit

fit debitor certæ speciei, *con. maj.* si dominus sit debitor certæ speciei, *neg. maj.* & sic *dependit* *neg. conseq.* Venditor hic non consideratur ut dominus, sed ut debitor certæ speciei? Jura autem est, quod debitor certæ speciei casum fortuitum non præstet, *l. 23 ff. de R. J.* Accedit, quod emptor suæ debeat imputare negligentiae, quod rem, quam statim post solutionem in pretio auferre poterat, penes venditorem reliquerit.

Ad II. *q.* quid commodum rei opignoratæ non spectet ad creditorem, sed ad debitorem non mirum ergo quod periculum ad debitorem, non vero ad creditorem spectet.

Ad III. *q.* *con. aut. neg. conseq.* ratio differentiae est, quia emptor non est debitor certæ speciei, sed generis: genus autem perire non potest, *l. 11. Cod. si cert. pet.* Sanè, si rem emisset pro his talentis, in cista existentibus, cum hoc in casu emptor debitor esset certæ speciei, non video, cur, damnum ad venditorem pertinere, dici non posset, utpote. qui etiam sentiet commodum incrementi valoris pecuniarum. *Chungensp. luss. h. 2. quæst. 9. ob 2.*

IV Exinde convellitur, quod in casu *d. l. 33* fundus ob delictum, à venditore commissum, publicatus fuerit, adeoque venditor in culpa fuit, quod fundus periret; non mirum ergo, quod pretium restituere teneatur, quia paulo post audiemus, nostram sententiam limitari in casu, quo casum fortuitum præcessit culpa venditoris.

V. Eadem fuit *Responsione* prosternitur, siquidem lecti non casu fortuito, sed culpa venditoris, lectos in via publica temere reponentis, perire.

VI. Et ultimum idem nec hili, nec pili est, quia loquitur de casu, quo non certa species, sed genus venditum est. Quando autem genus venditur, periculum ante traditionem non ad emptorem, sed venditorem spectat, prout statim latius explanabimus. *Horp. n. 21.*

Ex hacenus fuit *deductis* patet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad venditorem. Hæc tamen doctrina

*Limitatur I.* si res dolo, vel culpa venditoris perierit, *sext. hic. & l. 35. §. 4. ff. de contrab. emp. junctum l. 1. §. 2. ff. commodati.* ratio, quia dolo, & culpa ei nocere debet, qui dolum, aut culpam amisit, *l. 9. que in fraud. cred.* Sed qualem culpam præstabit venditor? *q.* levem, ex ratione, quia emptio-venditio utriusque contrahentis utilitatem respicit, ergo præstanda est levis culpa, *arg. l. 2. §. ff. commodati. Carpzov. loc. cit. n. 6. Manz. n. 15.*

*Limitatur II.* si res alterutro fuerit vendita (v. g. Suchus aut Pamphilus) & unus eorum mortuus sit ante traditionem, tunc venditori perit, & adhuc debetur, *l. 34 §. per ff. de contrab. emp.* Si vero alter quoque siquers postea moriatur, emptori perit, quia jam determinatè, & in specie debeat emptori, *l. 17. §. ad Decretal. de empt. vend. n. 51.*

*Limitatur III.* si in genere, vel res aliqua fungibilis (quæ scilicet pondere, numero, Mensura constat) vendita sit, hæc enim casu periculum venditoris est, *l. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. ratio, quia genus perire non potest. Carpa. part. 2. caus. 26. def. 23.* Nisi res fungibiles per aversionem venditæ sint, hoc est, *uberhaube*, per *Pausch*, v. g. certum, & integrum dolum uni, hoc enim casu periculum ad emptorem spectat,

speciat, quia censetur certa species vendi-  
da. l. 25. §. 1. ff. de contrah. empt. Clariss.  
D. D. Franz. n. 80. hic. Subusid n. 3.

## AD VERS. QUOD SI FUGERIT.

Queritur hic, quid juris, si fugerit  
servus, qui venditus est; aut subrepta  
res sit quae venit, ita, ut neque dolus,  
neque culpa venditoris intercesserit? R.  
Interesse, an venditor custodiam sus-  
ceperit, nec ne? Illi casu periculum  
sustinet, quia contractus ex conventione  
legem accipit. Hòc casu non etiam,  
quia culpam levissimam, & casum for-  
nitum non praeat; supponitur au-  
tem, culpa levis non intervenisse.  
Mazz. n. 19.

## AD VERS. UTIQUE.

Quando res vendita ante traditionem  
ad alium devenit, tunc certum est,  
quòd ab ipso venditore possit revo-  
cari, & repeti, idque vel per rei vin-  
dicationem, vel actionem Furti. Quod  
si verò ipse has Actiones intentare non  
velit debet eas emptori cedere, text. h. e.

## §. EMPICIO. 4.

- 24 Jam *suprà* dictum est, emptionem  
venditionem purè, & sub eoa rone  
celebrari posse. Hic *queritur* an talis  
conditio valeat: si *equus iste infra octo  
dies tibi placuerit? si tibi venditur 10 fl.*  
Ratio dubitandi est, quia talis vendi-  
tio non valet: *vendo tibi, quinquè vo-  
les*, l. 35. §. 1. ff. de contrah. emp. ergò  
neque ista: *vendo tibi, si intra certum  
tempus tibi placuerit.*

Verùm, hoc non obstante, hic *docet-  
dum*, valere, quia pure, & sub con-  
ditione emptio venditio fieri potest.

Ad Rationem dubitandi R. con. ant.  
neg. *conseq.* illa enim emptio venditio  
quanti volēs, longè diversa est à nostra.

Keck ad Instans

Ibi enim de nullo certo pretio conve-  
nitur, ut emptio contracti videri non  
possit quia tota substantia obligationis  
censetur in alterius voluntatem. In casu  
autem §. n. str. non substantia contrac-  
tus, sed accidens duntaxat (puta,  
*conditio*) censetur in arbitrium alter-  
ius. postquam de certa merce, & pretiò  
certò convenit. Mazz. hic. aliter Harp.  
n. 2. Et 3.

## §. LOCA, FINALIS.

Queritur hic, quoniam Res emi, ven-  
dique possit? Imperator hanc *questio-  
nem* non decidit, sed obiter statuit;  
loca sacra, vel religiosa, item publica  
emi, vendique non posse; ratio est,  
quia sunt exempta commercio, l. 4. ff.  
de contrah. empt. Quod si tamen emp-  
tor ignorans emerit, & à venditore de-  
cepus sit, contractus quidem est nul-  
lus; dabitur tamen emptori ex eo actio,  
non quidem ad implementum contrac-  
tus, sed ad id, quod sui interest, *sc.*  
deceptum non esse, l. 4. l. 62. ff. de con-  
tr. empt. Sch. mb. Inst. hic.

Effectus emptionis-venditionis est,  
quòd venditor obligetur, ad tradendam  
rem venditam, liberam, vacuum ab  
alternis possessione, non vitiosam cum  
omnibus fructibus & accessionibus,  
nec non ad damna, dolò vel culpà soli  
illata, refarcienda. Solide Clariss. D. D.  
F. aza. Inst. h. t. n. 88.

Dixi I. ad tradendam rem venditam,  
*suprà* enim in explicatione definitionis  
audivimus, quòd tradere non *de* ven-  
ditor teneatur, l. 25. §. fin. ff. de con-  
trah. empt. unde etiam res aliena vendi  
potest, l. 28. ff. d. e. ita tamen, ut Ven-  
ditor, evictions nomine, emptori obli-  
getur, l. 11. §. 3. ff. de ad. empt. Quae  
evictio de Jure communi à venditore  
praestanda est; etiam si nihil expresse de

illa conventum fit, l. 60 ff. de evict.  
Harp. n. 30. prin. l. ult. h. i. Wessub m.  
par. 2. de n. empt. n. 2. Mench. vol. 1.  
conf. 48 n. 12. Quod de Jure Austraco  
(diximus) non procedere; quid autem  
sit evictio, vide tot. tit. ff. de evict.

26 *Quæst. III* An venditor rem venditam præcisè teneatur tradere; an vero præstando intelligi, libereatur?

Sunt nonnulli, qui posterius sustineant, quos inter etiam Dorel, ad l. 4. Cod. de a. S. imp. Socia, m. l. certi ff. si cars. pos. Facb. l. 2. cont. 30. Cover. var. refol. vol. 2. cap. 10. m. m. l. Adversus. cont. l. obf. 53. Humm. Var. refol. quag. 7. pag. 119.

*Momentum præcipue per l. 1. ff. de off. empti & l. 11. §. 9. ff. de Quibus locis perspicue traditur Venditorem ad tradendum præcisè eo. i. pelli non potest sed, præstando interesse, liberari.*

Verum, hoc non obstante, tenendum est, venditorem precise obligari ad tradendum Ita Zuef. ff. de act. empt. vend. n. 13 Corpan. part. 2. consil. 1. definit. 15. ubi ait: hanc sententiam praxi ubique locorum receptam esse, prout similiter, ab *Escolio Augusti Regi*, *in* *me* iudicatum esse, testatur *Sustinger* *in* *Manu. S. Iud. lit. R.*

*Ratio*, quia aliud pro alio invito creditori non solvitur, l. 2. §. 1. ff. de R. C. & alteri per alterum non debet inferri iniqua conclusio, l. 74. ff. de R. J. præterea hoc ipsam satisfecit exet in l. exempti 13. §. 2. ff. de ad. empt. ubi Ulpianus & venditorem oportere ipsam rem præstare, Harp. princip. in §. n. 33. s. l. b. 16. argumentis hanc Sententiam instituit.

Ad *textus oppositos* facilis est solutio  
 enim intelligenda sunt de calu, quo aut  
 capitur sponte propria præstationem in-  
 teresse recipit; aut, quo traditus rei

venditæ est impossibilis. Dicitur, quia  
non amplius est acquitibilis. Vide, quod  
ser. p. 1. ad 5. in. de V. O.

*Lex II. liberant, hoc est, immunem  
à servitutibus, infectis pensionibus,  
nexu pignoris, annuis redditibus, de-  
similibus oneribus. Clarff. D. D. Fran-  
coc. cit. 89.*

Dixi III. non vitiosam; nam, si res vendita vitio affecta sit, tunc emptori succurritur ex *Edicto a iudicio*; per quod duae actiones prodire sunt, puta, *redhibitoria*, & *actio quanti minoris*. Priori ad hoc agitur, ut venditio in totum rescindatur, venditor rem vitiosam recipiat, pretium emptori restituatur, atque omnia in priorem litum reducantur; l. 23. ff. de ed. b. l. 1. *Lei de adit. adf. Perz. ibid.* Posteriori ad hoc agitur, ut tantum pretii restituatur, quanti minoris esset, si emptor vitium per inspectionem habuisset, l. 61. ff. d. s. *Schamb. Inp. b. l. par. 649.*

*Dixi IV cum omnibus fructibus, & accessibus, constat enim ex praedictis, quod post emptionem venditi nem per-  
fectam omne commercium, & incom-  
modum ad emptorem spectet. res. in  
sua. l. d. h. s.*

*Produrur*, ad quid venditor obligetur. 27  
Emptor tenetur I. ad solvendum, hoc  
est, ad daandum pretium, & transfe-  
rendum ejus pretii dominium, l. 1. §.  
2. ff. de a. l. e. p. ita ut, solvendi nu-  
meros alienos non liberetur, & conven-  
tioni possit ex vendito, ut vel numeros  
alios solvat, vel, si confusi sint, ut  
eorum nomine, venditori indemnizatem  
protineat, l. 7. Cod. de i. II. Emptor  
tenetur solvere usuras, si moram, non  
solvendi pretio, commiserit, l. 13. §.  
20. ff. eod.

*Dices : Venditor tantum tenetur tradere rem venditam, & non dare prout superius*

superius diximus; ergo etiam emptor non tenetur dare pretium, sed tantum tradere, ne alius emptor, & venditor ad impam obligentur. *Con aut vrg conf 7* In assignantia ratione disparitas vehementer se torquent Doctores.

*Harg. c. de pte Inst. h. t. n. 73* hanc assignat, quia emptor est debitor generis, venditor vero certae speciei, cuius praestatio videtur esse difficilior, & gravius onerare venditorem, quam praestatio generis, seu quantitatis; itaque venditor relevatur in eo, ut tradere, non dare teneatur. Deinde nisi emptor, pretium dare, necessum haberet, nullus ejus foret usus, cum rerum frangibilium usus consistat in abusu, § 2. *Inst. de off. rei* autem, in specie debetur, usus est, hoc non sit accipienti proprius, potest enim locari, et in tradi. &c.

Aliter ex *H. c. m. r.* resolvit hanc difficultatem *Schambagen. Inst. h. t. p. 653*. atque, regulariter quidem verum esse, quid debitor rem dare debeat, & aliis non liberetur; ista tamen regula puratur exceptionem in contractu emptionis venditionis, tum, ne propter incertitudinem, & difficultatem probationis dominiorum impediat huc contractus, utibus quotidianis maxime necessarius, tum, quia per eversionis praestationem, ad quam venditor tenetur, jam indemonstratur emptor, penitende, ac si dominum nactus esset.

*Dilla de Emptione Venditione* satis fatis non quod plura dici nequeant, sed, quod extenderent terminos instituti nostri, in eo potissimum consistentes, ne rudis a hac & infirmus animus studiosi, multitudine, ac varietate rerum oneratus, desertor studiorum efficiatur.

28. Quod tamen recensendi dignum existavi, quod Monopolia (vulgo *Fur-Kauf*) utpote civilium morborum

causa, man. sibi commisit res, non tantum de Jure Justini in *l. 1. in Cod. de Monopol.* Verum etiam per multas Imperii constitutiones severissime prohibeantur. *h. v. l. Imper. de Anur 1584. solus duo Monopolia, und schädliche Fur-Kauf bezeugend.*

Pulehi de Monopolis scribit *Becher in seinen Commercien-Tractat. part. 2. cap. 2. h. v. l.* Da Monopolium besthet: &c. 1. e. Monopolium in hoc consistit, cum neque membrum civitatis solum ad se intrinsecum id retinet, quo ab aliis multis aliis civitate praeferri solem, usum tolerare possunt. Cum enim suis societatis civitatis multitudinem civem requirat, atque in omnes videtur habere quatenus; monopolium contra omnes vel paucos tribuat, quo multis hominibus videretur: hoc fit ut quibus vultus eo passio subducatur, vel perveniendum, vel patria cavendum sibique civitas tenentate ac solitudine debueretur; quod iterum sui societatis civitatis alia duo sunt, quippe ea hominibus huius moribus consensu debet. Nam nisi qui monopolium exercet, eo dicitur fiat, quo aliarum videtur ad se trahat: tamen magis civitatis communiter interest, ut in ea multis civis rem mediocriter amplam ac generi hominibus sufficiens praestetur, quam si tenetur in ea sint multae, paucissimique divites. Cum enim praeferri expositis civitas, rursus cum ea universa ipsi divites. Ex quibus sibi sponte sunt, republice regulariter Monopolia esse perniciosissima, quod ipsum lat ponderasse videtur hinc nostra Austria, dum per varia generalia eorum usum severissime prohibuit, de quibus vide *Col. Aust. h. t. F. d. Fur-Kauf. & F. u. r. v. v. l. 1. 2. Obs. 83 ubi 17 casus recenset, quibus Monopolium dicitur committi. Ceterum, qui princeps, exigente id causa publicae utilitatis, aut ipse Monopolia exercere, vel horum liberum exercitium*



aliis indulgere possit, extra dubitationem est; prout id ipsum testatur *Arist.*  
 1. *polit.* 7. *Be.* de *arar. pub.* c. 3. n. 6.  
 enim verò salus reipublicæ suprema lex

esse: & utilitas publica commoda privato nunquam non præferri debet,  
 l. *im.* §. 14. *Cod. de Cad. tollend.*

## T I T U L U S XXV.

## DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

## S U M M A R I A.

- 1 Locare, & conducere quis dicatur?
- 2 Quid sit locatio conductio?
- 3 Explicatur definitio.
- 4 Quomodo differat à contractu innominato?
- 5 Locatio conductio censetur renovata, si conductor, locatore sciente, finitò conductionis tempore, maneat in re conducta.
- 6 Reconductio quomodo de Jure Austriaco procedat.
- 7 &
- 8 Actio conducti cui detur? & ad quid?
- 9 An merces in arbitrium tertii relictà conferatur?
- 10 Merces debet consistere in pecuniâ numerata.
- 11 An possit in re fungibili constitui?
- 12 Quid sit emphyteusis?
- 13 Dominus directus quis dicatur?
- 14 Quis emphyteuta?
- 15 Explicatur definitio emphyteutens.
- 16 Scriptura an ad emphyteusim requiratur?
- 17 Emphyteusis quomodo differat ab aliis contractibus?
- 18 Canon propter sterilitatem an remittatur, aut diminuat?
- 19 Emphyteusis alia est ecclesiastica, alia civilis.
- 20 Alia perpetua, alia temporalis.
- 21 Quomodo finitur Emphyteusis?
- 22 An ex societate censetur renovata?

- 23 An res interitu pereat?
- 24 Emphyteusi, ob non solummodo canonem amittitur.
- 25 Mora purgatio quando locum habeat?
- 26 Alienatio, irregularis dominus, facta, facit perus Emphyteusi.
- 27 Deterioratio quando faciat cani aucti?
- 28 Si convenit mi cum Auri fabro, ut ex suo auro in hi consiciat aurum, & ego ei velim dare decem, qualis sit contractus?
- 29 Qualis sit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo dominus mihi aurum, & omnem massarum suppetas?
- 30 Ad quid obligetur conductor?
- 31 Qualem culpam præstat?
- 32 Casum Fortunatus non præstat.
- 33 Limitatur in tribus casibus.
- 34 Merces quando sustinenda?
- 35 Locator ad quid obligatur?
- 36 Si domus in emphyteusim concessa sit, quis pro bare debeat, culpâ vel sine culpâ perisse?
- 37 Locatio conductio transit ad heredes?

**S**ecunda species contractuum, consensus inorum, est locatio conductio, circa quam, antequam ad explicationem principii hujus Tit. accedamus, videndum est, quid sit Locatio conductio? Item, quis locare: quis conducere dicatur?

Locare

1 Locare autem dicitur, qui alicui usum rei concecit, constituta certa mercede: Conducere vero dicitur, qui accipit usum rei pro certa mercede. Unde advertis quis locator, quis conductor nominetur. Locator is dicitur, qui mercedem accipit, conductor qui eam præstat. *Schuld. n. 3.*

2 *Definitio locatio conductio*, quod sit contractus *inter gentium, nominatus, bonæ fidei, sui consensu initus*, quo vel personarum opera, vel rei usus pro certa aliqua mercede, in pecunia numerata consistente, præstatur.

3 *Dixi I. inter gentium*: Ita enim habet l. 5 ff. de J. J. ibi: ex hoc jure gentium emptio venditio, locationes constitutiones, &c. l. 1. ff. locat. cond. ibi: Locatio, & conductio cum naturalis sit, & omnium gentium, &c.

*Dico II. No. mutatus, bonæ fidei, &c. arg. §. 28. Inst. de ad.*

*Dixi III. Soli consensu*, quia hic contractus perfectus esse censetur, statim atque partes contrahentes de re ipsa sub certa mercede locanda, conveniunt; neque ulla litterarum, vel verborum sollemnitatis, vel actualis rei traditio, aut pecunie numeratio requiritur. *Manz. n. 9.*

*Dixi IV. Vel personarum opera, vel rei usus*, solemus enim non tantum pro certa mercede locare res nostras (v. g. equos, agros, domus, &c.) verum etiam operas hominum, puta, mercenarii, vitæ, opusculi &c. *Harp. n. 3.*

*Dixi V. Usus*, ut distinguatur locatio conductio ab emptione venditione, in qua dominium transfertur, vel saltem usus pendendi conditio.

*Dixi VI. Pro certa mercede*, quia si usus rei non concedatur pro certa mercede, sed gratis, tunc non locatio, sed commodatum erit, vel precarium. *Harp. n. 10. ibi. Zesl. ff. de precar. n. 3.*

4 *Dico VII. in pecunia numerata*, ratio

est, quia, si aliam rem, quàm pecuniam numeratam, loco mercedis promiseris, vel si convenerit, ut una res detur usui pro alia, non est locatio, sed contractus innominatus, *facio, ne facias*, v. g. si equos meos tibi hodie cum eherent, ut cras tuos haberem. *Myns. n. 5.* Vel, si concederem alteri meos agros, & convenirem cum ipso, ut mihi dimidiam, vel tertiam partem fructuum solveret, esset contractus Societatis, vel si habitationem concederem, ut mihi vinum, vel frumentum præstaret, esset contractus innominatus, *facio ut des*, *Manz. n. 16.*

#### AD PRINCIPIMUM.

Dicitur in hoc principio, quod locatio conductio magnam similitudinem habet cum emptione, & venditione, iisdemque Juris regulis consultat.

Prima autem similitudo est, quod, quemadmodum emptio & venditio censetur esse perfecta statim atque de merce & pretio inter venditorem & emptorem conventum est, sic locatio & conductio statim habetur pro perfecta, quando locator, & conductor de mercede convenerunt, ratio est, quia uterque contractus solo consensu perficitur, idque vel expressè vel tacitè expressè, si verbis expressis, & viva voce rei usus pro certa annua pensionem locatur, & conducitur Tacitè, qui exinde colligitur si conductor, finis conditionis tempore, maneat in re conducta, locatore id sciente, & patiente; hoc enim casu locatio conductio censetur renovata, l. 13 §. ult. l. 14 ff. locat. cond. l. 16 Cod. eod. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 25.* Concord *Walter de consuet. Aust. lib. 2. tit. 5. ibi: Wann der Bestand-Herr seinen Bestand zu ordentlich und bedingter Zeit nicht auffkündet, so wird der Bestand wieder tacitò confirmiret.*

Sed aiunt, quoque censetur renovata locatio conductio? *¶* Si prædictum conductum sit rusticum, locacionem conductionem censeri renovatam usque ad anni spatium, *d. l. 13 §. ult. Brunnum. ib. d. n. 16* Si vero prædictum conductum fuerit urbanum, ad tantum tempus renovatam censeri, quantum conductor post conductionem primam finitam habitavit, &c, domini patiente, manserit; non vero in primam tempus locatus. *Brunnum. in d. l. 16. Cud. b. s. Mantu. de tacit. §. amb. cov. l. 5. tit. 15. Menoch. l. 3 præsumpt. 80. n. 6.* ratio differentie est, quia voluntas prædicti rustici consistit in perceptione fructuum, qui solent semel tantum, & ad finem anni percipi. E contra utilitas prædicti urbani consistit in habitatione, quæ singulis momentis percipitur, *Francia. loc. cit.*

Cæterum; quandoque fit Reconductio, inquitur tempus locationis finitum est, puta, si inter partes convenit; aut consuetudo loci exigat, veluti in hac nostra Austria, *ut resignatio fiat ante elapsum tempus locationis, intervallo minimum semestri vel trimestri tempore.* Quo casu locatio ad medium annum tacite renovata censetur. *Brunnum in cit. l. 16. n. 3.* Quæ ipsa tacita Reconductio locum etiam fortitur in operis locatis, v. g. si quis advoentum conduxerit ad ædificandum, & expresse convenit sit: *ut alter alteri utrinque resignationem facere debeat semestri tempore præsentem.* Si nulla resignatio facta fuerit, reconducta videtur opera Advocati. *Mev. part. 3. Decis. 61.* Pariter, si quis alteri certam summam pecunie, à 6 pro censo, mutui dederit ad unius anni spatium, hoc pactum adiectum: *ut fortis solutio tri- m. sri termino pronunciatur* Si resignatio temporis, conventio facta non fuerit in-

vno creditori ante lapsum anni fortem solvere non potest, et quod, in alium annum tacite reconduxisse, videatur: *Vide Menoch lib 3 præsumpt. 85. Mantu. lib. 5. tit. 15. num. 43*

II. *Standum* lo est, quod, quemadmodum, consuetudo pretii, emptori actio ex empto. venditori actio ex vendito competit, ita quoque consuetudo mercede, locatori actio locati, & conductori actio conductæ competit; rursus non est alia, quam quod uterque contractus solidi consensu perficiatur. *Mant. n. 7*

Actio vero locati datur locatori, ejusque hæred. adversus conductorem, ejusque hæred. *intext. hic. §. l. 29 Cod. b. s. ad hoc, ut merces, unà cum usuris post moram solvatur, l. 2. ff. in quib. caus. fig. vel hypothe. tacit. contrah. item ut omnia damna, quæ conductoris culpa obtigerunt, refundantur, l. 9 §. 3. ff. locati. Hirt. n. 43. ubi sub n. 44. asserit, quod si equus conductus creperit, præsumatur casu, & sine culpa conductoris perisse, ita. ut locator, asserens, culpa conductoris equum perisse, eam probare debeat; unus enim, qui dolum, aut culpam allegat, eandem docere, & probare debet, l. 18 §. qui dolo ff. de probat. Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 3. 22.*

Actio conductæ datur conductori *l. 8 §. 15. ff. locati* ejusque hæred. *l. 19. §. 2. ff. rod. adversus locatorem ad hoc, ut re conductæ rei frui liceat, & impensis utiles, ac necessariae refundantur, l. 19. §. Si inquilinus ff. Locati, Schenck. dñc.*

### §. ET QUÆ 1.

Tertia Similitudo consistit in hoc; quod, sicuti in emptione, & venditione determinatio pretii potest conferri in arbitrium tertii, ita & in hoc contractu determinatio mercedis in arbitrium tertii

tertiū confecti possit: &, sicut tunc, cum emptio venditio in arbitrium tertii confectur, in suspensio tamdiu manet obligatio, tanquam conditionalis, donec ille pretium definierit, &, si definire vel noluerit, vel non potuerit, tunc pro nihilo habetur emptio venditio, ita quoque locatio, in arbitrium tertii collata, non pura est, sed conditionalis, &, donec definitio mercedis sit abiecta, vel in suspensio maneat obligatio, vel definitio non subsecuta, pro nihilo habeatur, utpote conductione non existente, *Manz. n. 4. Ex Doct.* sed sponte fiat, non contrahi locatione, *ut si tunc* tunc, si quis factori vestimenta facienda, aut fulloni polivina, curandae dederit, nulli certi mercede constituit, promittens, cautum se daturum postea, quantum inter eos conveniet, *ratio*, quia deficit requisitum substantiale, puta, *certa merces*, erit proinde *contractus innominatus* censendus, ex quo actio *prescriptis verbis* nascitur, l. 23. ff. *prescript. verb. Schomb. inst. luc.*

## §. PRÆTEREA. 2.

Quarta *Similitudo*, quæ intercedit inter contractum emptionis, & locationis, est hæc, quod, sicut pretium emptionis venditionis tantum consistit in pecunia numerata, ita merces locationis non possit in alia materia consisti, nisi in pecunia numerata, *text. hic*. Unde, si vicinus vicino usum bovis commodat, ut vicissim sibi postea etiam usum sui bovis commodaret, non erit contractus locationis conductionis, sed innominatus, *de, ut det.* Quare, si bos dolus, vel culpa perit, non *Actio locati* (cum merces non intervenit) neque *actio commodati* (cum commodatum debet esse *gratuitum*) sed *actio prescriptis*

*verbis* dabitur, *Manz. Mysf. & Schneid. hic.*

*Obijciat* I. Si olei 21. Cod. b. t. ubi<sup>11</sup> fructus anni sub olei certa ponderatione locati esse dicuntur, ergo merces in locatione conductione potest etiam in re fungibili, & non semper debet in pecunia numerata consistere. Ut idem *Text.* in concordiam reducerent, varii varii excogitant. Sunt enim, qui statuunt, in contractu locationis conductionis mercedem consisti posse in quacunque alia re fungibili. Ita *Frits. ad prin. hif. b. t. n. 17. Harp. §. 4. n. 2. b. t.* Sunt alii, qui *text. d. l. de contractu innominato* intelligant. Verum, *his refragatur*, quod in *text.* expressè verbum *locare* positum sit, à cuius proprietate non faciliè recedendum. Deinde, sunt præterea alii *Text.* puta l. 35. ff. b. t. §. 1. 8. Cod. eod. in quibus æquè cautum est, mercedem in fructibus, & annuis quantitatibus consistere posse.

Ego in hac rerum alteratione illam probo *Sententiam*, quæ docet, *distingendum* esse, inter locationem rei *fructifera*, & non *fructifera*. Illo casu merces etiam in certa parte fructuum consistere poterit. Hòc casu merces pecuniaria sit, necesse est. Ita re ipsa strenuè propugnant, *Ba. bov. ad Treutl. vol. 1. d. p. 29. Thes 3. lit. G Brunner. in d. l. Si olei. 21. a Somner. l. 9. b. t. n. 7. Clariff. D. P. Koug. ad Decret. b. t. n. 16.*

## §. A D D O. 3.

*Tractatur* in hoc §. materia de *Emphyteusi*, ab unitate & sui frequentia nulli secunda. *Emphyteusis* vero græci voco implantationem, seu institutionem significat: nam, & primæva natura, & institutione hujus Contractus fuit, ut non nisi res steriles, & incultæ in *Emphyteusis*

quod in concederetur eo fine, ut ab Emphyteuta per implantationem, culturam & Seminacionem frugiferæ redderetur. *P. Eigel. ad Decret. de locat. cond. n. 11.* Hodie verò, etiam res cultæ, & frugiferæ in emphyteusim conceduntur, declarante id *Consuetudine*, optimè rerum interprete, *Chryst. D. D.*

**12** *Præf. hic. n. 7.*

Emphyteusis defunctis, aut potius quod sit contractus *Jurisdictionis*, consensuatus, bona fidei, quo prædium alteri utendum fruendum conceditur pro certo canone, ut recognitionem directi domini annuatim solvendo. Germanicè vocatur: *Ein Erb-Zinsz Gut Ein Erb-Lohn Ein Hoff-Gut. Ein Gult-Hoff Ein Bauren-Lohn.*

In Austria Emphyteusim *Waberras de Jure consuet. lib. 4. tit. 1.* his verbis describit. *Wann ein Prælat, Herr, oder Land-Mann, &c. i. e. Cùm prælitus, Dominus, vel rusticus fundum seu prædium alicui pro canone (Zins) ac præstatione (dienst) annua, numeraria ipsi ejusque hæredibus, (erblich) concedat eo pacto emphyteuta (der Zinsmann) qui fundum ea lege accepit, ut eo habes dominium utile (das nutzliche eigenthum.) Et quousque ejusmodi concessio prædii, non modo in hæredes (erblich) sed etiam in numerum annorum præfixionem, vel in aliquos tantum personas (leiber) possit conferri: tamen in hac provincia, magis consuetudo viget, ut ea concessio à domino fiat in hæredes (erblich.) que propter ea prædium dicitur grund-erb gütter, erbgut: Uti vero concessio fit in numerum annorum præfixionem, vel in aliquos personas (leiber:) tunc non solum concipiuntur clausula, pro eo ejusque hæredibus; sed in modum locacionis (bestand-wiss) quem quidem sensum trahunt verba *habeissen* vel *verlassen*, ut instrumentis locacionis vel donacionis (*Lehen*) sit, ut.*

Ex illis verbis poteris colligere intelligentiam certorum terminorum & vocabulorum, quæ in Contractu emphyteutico usitata, etque communia, & ad cognitionem hujus materiz perquam necessaria sunt Itaque Dominus Directus, qui concedit bona, seu prædia in emphyteusim, nostrâ vernaculâ vocatur *der Grund-Herr Emphyteuta* vero, quis prædia excolenda, & utenda fruenda recipit, nostro idiomate nominatur *der Zins-Mann. Emphyteusi* ipsa, seu illa prædia, quæ conceduntur, appellantur *ein Erb-Gut Ein Erb-Grund Anna pennis* denique, quæ ab emphyteuta annuatim præstatur, dicitur latine *ve l gal*, seu canon emphyteuticus Germanicè *jabrl-ichur Zinsz, oder Dienst.* Ceterum, primum ultra prae gredimur, pro prim. pro teneat, vel n., nimirum toties, quoties de materia emphyteutica sermo sit, ante omnia tenorem, & conventionem investitura inspiciendam esse, qui quandoque tam Juri communi, quam naturæ emphyteuticæ, ob singularem conventionem, quæ dat formam, & legem contractui, derogat, & ante omnia servandus *Wesimb cons. 331. n. 54 Parr. 7 Emphyteusis l. 2. obs. 37. n. 8 & 9.* His præmissis, inviam, & explicationem Definitionis redeo.

Deo I. quod emphyteusis sit Contractus, quia ex illa ultro, citroque nascitur obligatio: siquidem dominus directus tenetur, emphyteutæ rem emphyteuticam tradere, & post traditionem pati, ut emphyteuta ea libere utatur, & fruatur. Emphyteuta e converso obligatur, agros colere, atque canonem annuatim præstare *Herp. n. 14.*

Deo II. Jure gentium, puta, quoad originem, quia non solum apud Romanos, verum alia quoque gentes ante Consue-

*Constitutionis Zenonis usus emphyteuticos receptus fuit. Sic testatur Aristotel lib. 2. Oeconom. ubi scribit Boetianus, cum, exhibitis ararib pecunias indigerent, fundas publicas ce. sa mercede locasse, ferules ad tempus, steriles in perpetuum, C. arif. P. Konig. ad decret. loc. cit. n. 32.*

Dixi quod originem, quoad formam enim *Juris Civilis* est, idque propter *Constitutionem Imperatoris Zenonis*, qui eidem robur suum, & formam certam communicavit, atque peculiare nomen tribuit. *Manz. n. 13. Harp. n. 17. hic.*

Dixi III. *Consensus mirus*, ratio, quia emphyteutis ad similitudinem locationis conductionis solum consensu constat, & ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque solennitatem verborum requirit; sed sola conventio de concedendo praesidio fruendo, & praestanda annua pensione, obligationem, & vim illi tribuit. *Harp. n. 15.*

16 *Quaerit I. An scriptura ad substantiam contractus emphyteutici requiratur?* scripturam ad valorem contractus emphyteutici requiri, constanter docet *Schneid. num. 7. hic Hun. var. resol. lib. 3. tract. 7. Pari. 2. quae 11. Gravata Consil. 112. num. 8. Sord. Decif. 331. n. 10. lib. 2.*

*Movetur l. 1. Cod. de Jure emphyt. per illa verba: Scriptura interveniente, qui ablativus, ut so ut positus (inquisit) importat conditionem, arg. l. 109. ff. de eodict. Et demonstr.*

Verum, hoc non obstante, solidior, & veritati conformior semper mihi visa est illorum *doctum*, qui docent, vehementer consultum esse ut emphyteutis in scripturam redigatur; non tamen esse de necessitate, ita *Zosif. ff. locat. cond. n. 55. Clariff. D. P. Konig. lo. cit. n. 38. Harp. num. 18.* Consultum vero quod sit, est ista ratio, quia emphyteutis per *Scripturam* commode probari potest, *Idem ad Institut.*

& cum emphyteutis quae doque tempus, memoriam hominum excedens, constituitur, & praeterea variae conventiones eidem immiscantur, ideo ad faciliorem emphyteuticorum, & conventionum, eidem adjectarum, probationem per quam multum cooperabatur scriptura. *Sord. Decif. 10. Mascard. de probat. conclus 603. vol. 3.*

De necessitate vero quod non sit *Scriptura*, ratio est, quia emphyteutis est ex ordine contractuum consensualium, *text. hic.* quorum nullus ad sui valorem exigat scripturam, *l. 4. ff. de fide instrum.*

Dixi IV. *Quo pradium*: quibus verbis indigitor, quod contractus emphyteuticus non, nisi in rebus immobilibus, constituitur, *l. 1. ff. si ager, vend. Harp. n. 88.*

Dixi V. *Utendum fruendum*, ut apparet, emphyteutam non fieri dominium rei, in emphyteutis concessa; sed duntaxat ad praesidium dominum utile, quale habet usufructuarius. Et in hoc contractus emphyteuticus differt à contractu censuali, qualis tunc dicitur celebrari, si quis alteri concefferit plenum dominium rei immobilis, cum hac conditione, ut ipsi annuam pensionem, vel censum solvat. *Manz. n. 24.*

Differt etiam emphyteutis à contractu emptionis venditionis, & locationis conductionis. Ab illo, quod in contractu emptionis venditionis transferatur dominium directum & utile; in emphyteutis vero duntaxat utile. Ad hoc, quod in locatione conductione solummodo usus & quidem temporalis; in emphyteutis vero dominium utile transferatur. Deinde, in locatione pensio solvitur, tanquam justa ultimatior fructuum, vel usus; in emphyteutis vero canon praestatur principaliter in recognitionem domini directi *P. Engel. loc. cit. n. 12.*

**Dixi VI. Pro certo canone, annuatim solvenda**, hæc enim annua pensio præcipue est propria contractus emphyteutici, nam; sine ea transiret in speciem vel donationis, vel usufructus, vel feudi, *Manz. n. 32.*

- 18 Dixi VII. In recognitionem domini directi**, paulò enim ante dictum est, canonem emphyteuticum non solvi, ob fructus perceptos, sicuti merces in locatione conductione, sed in signum superioritatis, & honoris gratia. *Wesemb. n. 6.*

Unde sua sponte fuit, quòd licet merces, seu pensio, quam colonus in locatione conductione solvit, propter sterilitatem remittatur, vel saltem diminuat; diversum tamen in emphyteusi obveniat; utpote in qua, ob annorum sterilitatem canon neque remittitur, neque diminuitur: ratio *Dyparistatæ* est, quia canon non solvitur in compensationem fructuum, sed in recognitionem domini directi, quod in superiori recognoscere debet; sive fluant anni *feriles* sive *steriles*. Colonus verò mercedem solvit intuitu fructuum, quales si nulli, aut pauci nascantur, æquitati consonum est, ut merces aut remittatur, aut diminuat. *Manz. n. 42. Gail. lib. 2. obs. 23. Clariss. D. P. König. n. 43.*

- 19 Dividatur I. Emphyteus in ecclesiasticam, & civilem** Illa dicitur, cum bona Ecclesie: hæc, cum res profana (quæ ad Principem, ad Civitatem, ad Fiskum, vel etiam ad privatum spectant) in emphyteusim conceduntur, l. 4. & *antiq. præterea Cod. de SS. Ecclesiis. l. 1. Cod. de Jure emphyt.* Illud notandum, ad hoc ut emphyteusim dicatur ecclesiastica, & prærogativis suis gaudeat, requiri, ut in rebus ecclesiasticis constituatur v. g. *fundò*, ad ecclesiam pertinente, & non sufficere, ut à *persona ecclesiastica* ten-

tum constituatur. *Clariss. D. P. König. loc. cit. n. 29. Harp. n. 119.*

**Dividatur II. In perpetuam, & temporalem**, de qua divisione sunt, qui dubitent, an *dictor emphyteusis non perpetua*? Verum, ex usu & consuetudine constat, dari emphyteusim, non perpetuam, hoc est ad duas, tres generationes, v. a l. 30. *anno*; &c. & idem confirmat *Novell. 120. cap. 5. & 6.* In dubio tamen semper intelligitur, esse perpetua. *Harp. num. 94.* nisi sit emphyteusis ecclesiastica, quæ, nisi expressè hæredum fiat mentio, præsumitur tantum ad vitam accipientis, vel certè non, nisi usque ad tertiam generationem concessa. *Nouv. 7. cap. 3. P. Engel. num. 14. vide Zoes. ff. locat. cond. n. 65.*

Amittitur emphyteusis variis modis, 1. *Lapsu temporis*, ad tempus enim concessa eo lapsò censetur negata, l. 1. l. *fin. ff. & ager veſtigal. Zoes. loc. cit. n. 73.*

**Quærit II. an, transactò tempore, emphyteusis ex utriusque partis taciturnitate censetur renovata?**

Ratio *dubitandi* in eo posita est, quia Emphyteusis est species locationis conductionis, quæ (ut supra latius discussimus) ex tacito partium consensu renovari dicitur. Verum, tenendum est, lapsò tempore, ad quod emphyteusis constituta est, ex taciturnitate partium non censeri renovatam, siquidem, in emphyteusi majus versatur præjudicium quam in locatione conductione, utpote, in qua merces correspondet fructibus, ut hujus intuitu consensus in relocationem facile præsumatur. Quod locus se habet, in emphyteusi, ubi canon plerumque exiguus est, adeoque non præsumendum quòd dominus directus in continuationem utrius dominium tacite consentiat. *Fach. lib. 1. cons. 84.*

*Clariss.*

*Clas. ff. D. P. Koenig. ad Decret. de locat. con. d. n. 47.*

- 23 *II. Amittitur emphyteusis totali ipsius rei, in emphyteusis et cessat, interim, si rei sit calumia vel diluvio pereat: aut avari occupetur, l. 2. Cod. de Jure emphyte. Hoc in casu expirat tota emphyteusis, ita, ut emphyteuta penitus liberetur à praeestatione canonis, ratio, quia, cessante causa, cessat effectus. cap. 60. §. de appellat. & non enim nulle amplius sunt qualitates. *Mant. Inst. R. n. 27. Zoef. ff. h. t. n. 74. Brunner. in d. l. 1. n. 6. Fugster. lib. 2. obs. 43. n. 9. Fu h. lib. 1. cont. 90. Sane, si pars tantum rei emphyteutice perierit, emphyteuta nihilominus tenuetur persolvere integram canonem, text. hic & d. l. 1. Fach. d. loc. cont. 89. Harp. n. 373 ratio, ipsa canon solvitur in recognitionem domini directi, quae recognitio adhuc locum habeat, tametsi pars rei emphyteutice perierit, *Mant. n. 29. Unde***

*Colligi, licet damnum notabile, aut magna sterilitas annorum contingat, ea tamen propter emphyteuticam canonem neque remittendum, neque diminuendum esse, ita, ut Carptov. Jurisp. Forens. part. 2. consil. 38. defen. 19 num. 2. appetit asserat, etiam si omnes fructus absumpserit sterilitas, emphyteutam tamen ne quidem a parte pensionis liberari. Huc quadrant vulgares illi rithmi:*

*Si periret res tota, non dolet Emphyteuta.*

*Si perit pro parte, nulli se liberat arte.*

*Concordat Jus Austriac. teste Walter lib. 4. tit. 12 ibi: Da ein Grund- oder erb Gut &c. 1. e. Cum fundum emphyteuticum bello, incendio, in aquam, partem perit vel destruitur; non tenetur Dominum directum pensionem quandam remittere, sed emphyteuta tenetur nihilominus tamen persolvere. Est autem ipse in pensio no-*

*nis onerosa? potest tunc sua sponte quaerere, ut emphyteuta existens Domino dire. in rebus. Ita etiam, cum colono per rem vel tempestatem deficiunt fruges, ut non sit tenetur a Domino pensionem solvere.*

Sane si emphyteuta propter bellum fundum prorsus ingredi non possit; & sic ab omni fructu impedietur, aequitati videtur consonum ut remissio fiat canonis. Ita *Gail. 2. obs. 23. n. 23. Fugster. loc. cit. n. 5. Brunner. in d. l. 1. num. 7. Carptov. loc. cit. n. 6. & Resp. 91. lib. 1. tit. 9.*

*III. Extinguitur emphyteusis, delat. 24. Solutione Canonis, etenim, si emphyteuta in emphyteusi ecclesiastica per biennium, in seculari per triennium continuum in solutione canonis cessaverit, tota Jure, quod in re emphyteutica obtinet, cadit, cap. fin. §. h. t. & l. 2. Cod. de Jure emphyte. Brunner. ibid. num. 2. etiam si nunquam fuerit interpellatus, d. l. 2. tempus enim interpellat pro homine. *Clariss. D. P. Koenig. l. cit. num. 50. Glettle part. 2. select. quael. 24. num. 1.**

*Limitatur, si emphyteuta celeri solutione moram purgaverit. Ubi tamen emphyteusis ecclesiastica secedenda à civili. In illa procedit, quod diximus, hoc est, si lapsò biennio canonem emphyteuta celeriter obtulerit, expelli non potest fundum emphyteuticum. d. cap. ult. h. t. In hac diversum obtinet, neque mora purgatur, licet post triennium emphyteuta pensionem, seu canonem prompte obtulerit, d. l. 2. Cod. de Jure emphyte. ibi: Sed, omnimodo eo, si dominum voluerit, repellendū: quae verba arguere videntur, ita absolute repelli posse, ut nec moram purgare possit emphyteuta. Deinde d. l. 2. executionem ea licentia committit voluntati Domini directi, ex cuius arbitrio, & voluntate*



non penderet executio caducitatis, si emphyteuta caducitatem ceteri satisfactio-  
ne declinare posset. Ita more suo so-  
lidissime *Glessile* loc. cit. num. 2. & *Claviff. D. D. Franz. Inst. b. t. Part. 2. n. 36. Jafon. in d. l. 2. n. 73. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 4. Fach. l. 1. cons. 89. Berlich. Part. 2. Concl. 46. n. 47.* Quod autem aliud definitum sit in emphyteusi ecclesiastica, rationem differentie ponit, *Zoef ff. b. t. n. 89.* quod Ecclesia, ut dursus agit, inducendo jus commissi per cessationem biennii, ita vicissim mitius, admittendo purgationem motæ. Vide etiam *Funf. wald. lib. 2. obs. 42. n. 6. Et 7. & Corpz. p. 2. consil. 38. def. 11.*

Illud tamen singulariter notandum; tamen si emphyteuta canonem per irremedium non solverit; Domino tamen directiorem licere, propria auctoritate emphyteutam ex fundo emphyteutico expellere, sed opus esse iudicis pronuntiatione, & sententia. *Funf. wald. lib. 2. obs. 41. n. 3. Mynsing. obs. 77. tit. 6.*

Concord. *Jus Austr. teſte Sittung in Manuscript. lit. G. v. Grund-Recht. ibi: Wan ein &c. i. e. Cùm emphyteuta pensionem annuam non solvit, non idcirco potest Dominus, citra iuris formam Et sententiam in fundum ire. Item testatur Walter. lib. 4. tit. 6.*

- 26 IV. Amittitur emphyteusis, si emphyteuta rem emphyteuticam, irrequisito Domino, alienaverit, *id fin. Cod. de Jure emphyt.* licet enim emphyteuta Jus suum alienare & vendere possit; prius tamen id debet Domino directo denunciare, & hujus consensum requirere, *d. l. ult.*

Concord. *Jus Austr. teſte Walter. lib. 4. tit. 16. Etwem jeden folden oder Zwelf. Mann &c. i. e. cuilibet Emphyteuta*

*has fundum emphyteuticum alioſque citra Domini contradictionem vel intercessionem vendere: ita tamen ut ventius Domino, huiusque curatori vel iudici (pſeg oder richter) prius denuncianda ſit.*

Quod adeo verum est, ut Domino directo liberum sit, rem, ita commissam revocare, etiam nullò pretio, emptori restituendo. Doctores in *L. 3. Cod. de Jure Emphyt. Corpz. part. 2. consil. 38. def. 13. num. 1.*

Ceterum, si emphyteuta alienationem denunciaverit; & dominus per duos menses consensum suum non declaraverit, poterit is, citra periculum commissionis, emphyteusin pro libitu, cui velit, vendere, *d. l. fin. Zoef. loc. cit. n. 100. Funf. wald. l. 2. Obser. 47.* Interim tamen Dominus non tenetur quemcumque, ab emphyteuta præsentatum, acceptare, & emphyteuta conditionem tantum obligatur suspendere, donec emptorem invenerit, quem Dominus rationabiliter repellere nequeat, *Walter loc. cit. tit. 16. Deſgleichen &c. i. e. Similiter, cum Dominus rationales habet causas; citra emptorem in locum Emphyteuta admittere noli; tunc potest venditionem tamdiu suspensam tenere, donec idoneus emptor vel emphyteuta (ſuffizientem ſibi præſentetur. Funf. wald. loc. cit. n. 7. ubi adhuc latius hac de materia ſcribit, & adhuc illud memoriæ ſignum exiſtimavit, quod, licet prædium emphyteuticum meliorationibus auctius, & pinguius reddatur; canon tamen, litteris emphyteuticis comprehenſus à domino augeri non poſſit, & melioramenta in commodum emphyteutæ cedant. Rorholt. de Feud. cap. 3. n. 13. Corpz. 2. Conſil. 38. d. f. 22. n. 4. Funf. wald. lib. 2. obs. 89. ibi: Ob ein Grund Herr ſeine Untertanen mit dem Grund-Dienſt freig. rn mag?*

Concord.

Concordi *Walter ib. 4. tit. 4. IFamul*  
*der Untertan Sec. 1. c. Conscriptura*  
*sub emphyteutica praestituta et ita fundum*  
*tenet, si quis autem ita praestitus meliora-*  
*tionem amittit sit et non idcirco debet Domi-*  
*nus uolum notam praestationem impetere,*  
*nec canonem olim constitutum in maiorem*  
*mutare; verum debet impoſita non olim*  
*praestatione contentus esse.*

27 V. Finitur emphyteutis culpaſa, &  
 insigni rei deterioratione, utpote, ob  
 quam Emphyteuta unam suam iure cadit,  
 Nov. 120 cap. 8. & a. ubi. Qui rem Cod.  
 de SS. Eucel. ut si arbore, fructiferas  
 etiam, quas ipse posuit, incideret, syl-  
 vas ex illoaret, vineas devastaret, vel  
 agros subſt.ueret. *Et. Gut. 2. obs. 67.*  
*n. 7. Clariff. D. P. Konig. loc. cit. n. 52.*  
 Ratio est, quia legi contractus non ſat-  
 iſcit, quia est, ut nomen ipsum lo-  
 nat. rem meliorate. *Zoeſ. ff. locati con-*  
*ductu Alynung. tem. 6. obs. 86 Carpz.*  
*part. 2. oult. 38. def. 23.* Requiritur  
 tamen, ut ista deterioratio dolo, laſa,  
 vel ſaltem leui culpa facta fuerit. *Meroch.*  
*de arbit. Jud. cent. 1. lib. 2. caſ. 78.*  
 Siquidem, ob culpam leviſſimam, in  
 Rei emphyteuticæ deterioratione com-  
 miſſam privationis poenam emphyteuta  
 ſubice non debet. *Carpatov. loc. cit. n. 5.*

Sed quid? si pars diſtaxat fundi do-  
 teriorata fuerit, an tota emphyteuſi priva-  
 ndus erit? Sunt qui docent, non, niſi  
 pro parte, privandum eſſe, ex ratione,  
 quod poena commenſuranda ſit delicto,  
 arg. l. Sancimus Cod. de pen. Clariff. D. P.  
 Konig. loc. cit. n. 51. *Zoeſ. n. 98. Carpatov.*  
*loc. cit. num. 9.*

Verum, Conſuetudine Auſtriacæ con-  
 trarium receptum eſt, ſecundum quam,  
 bona emphyteutica raro dividere, aut  
 nunquam, conceſſum eſt, *Walter lib. 4.*  
*tit. 14. ib. : Wann ein Drey-Mann &c.*  
*i. e. Cum ex negligentia vel grava Em-*

*phyteuta acanonia ſunt ſus deterior vel in-*  
*ſus ſit, tunc poteſt Dominus, ſexta ma-*  
*rem p. d. m. r. a, notam et Emphyteuſis*  
*imponere, (de auſtriacis auſtr. leg. )*

#### § ITEM QUÆRITUR. 4.

Enumeravimus aliquot ſimilitudines,  
 quæ inter locationem conductionem, &  
 emptionem venditionem intercedunt,  
 jam in hoc §. proponitur facti ſpecies,  
 ut qua dubitare poſſis, num emptio  
 venditio, num locatio conduction ſit?  
 eſt autem talis: cum auri ſabro conveni,  
 & pactum feci, ut ex ſuo auro mihi  
 conſciat annulum, & ego velim ei da-  
 re 10. Quæſtionis eſt, an ex tali negotio  
 conſurgat emptio venditio: an verò locatio  
 conduction?

*Cassius* autumabat, materit eſſe em-  
 ptionem venditionem, operæ verò loca-  
 tionem conductionem, ratione n pro ſe  
 habeat istam, quia, l ceter quoad aurum  
 dici poſſet emptio venditio, quod inter-  
 veniat pretium: quoad operam tamen  
 emptio venditio dici non poteſt, cum  
 nemo dicatur vendere, ſed locare ope-  
 ram, l 22. §. 2. ff. locati.

Verum, hoc non obſtante, *Justi-*  
*iano* placuit, tantum emptionem ven-  
 ditionem contrahi, ratio redditur à *Pom-*  
*pilio* in l 20. ff. de contrah. empt. ubi ait,  
 non poſſe ullam locationem eſſe, ubi ma-  
 teria non datur ab eo, cui res ſit, ergò,  
 cum aurum non fuerit datum auri ſabro,  
 non locatio conduction, ſed emptio ven-  
 ditio erit, quaſi aurifaber ſuum aurum  
 certo pretio venderit. *Manz. n. 4. hic.*  
 & *Harp. n. 2* Qui poſterior ſolide docet,  
 ſemper diſtinguendum eſſe, utrum is,  
 qui ſibi aliquid fieri petit, etiam aliquid  
 det, ex quo id fiat; nec ne? Nam,  
 ſi aliquid dederit? erit emptio vendi-  
 tio, *Arg. d. l. 20.* Unde, ſi conveniat  
 inter me, & Titum, ut mihi numerum  
 T t t 3 aliquem

aliquem regularum pro certa quiritate pecunie præbeat. Si regular ex mco fundi hant, locatio conductio, si ex fundo Titii, emptio veniunt et

Sed, qualis erit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo domum mihi ædifices, & omnem materiam suppedites? Erit locatio conductio arg. l. 22. §. 2 ff. locati, quia aliquid dedit, puta, fundum, & arcam, quæ dicitur maxima pars domus, l. 98 §. ult ff. de Solut. Menoc. de retinend. poff. remed. 4. n. 16. Harp. Inft. loc. n. 4.

### §. CONDUCTOR. §.

30 Quæritur in hoc §. ad quid conductor obligetur? R. Imperator generaliter, quod omnia secundum legem conductio- nis (hoc est: secundum pãsa & conven- ta) tacere debeat, quia contractus ex conventionione legem accipiunt, l. 23. ff. de R. J. Quod si autem nulla pacta inter locatorem, & conductorem interces- serint, tunc ea præstanda sunt, quæ æquo, bono congrua sunt. iste enim contractus est bonæ fidei, adeoque in ea multa veniunt præstanda, de quibus inter partes conventum non est, modò æquitati conveniat, Manz. num. 2.

31 Quæres, qualem culpam conductor teneatur præstare? Dixeris, levissimam per text. hic. ubi disertè dicitur, à conducto- re talem custodiam desiderari, qualem diligentissimus Paterfamilias suis rebus ad- hibet.

Verùm, hoc non obstante, com- muni harmoniâ D. D. obtinet, conduc- torem non, nisi ad levem culpam præ- standam, obligari. Text. lucis aperti ha- bent in l. 3. §. 1. ff. Nauta, caupones, &c. l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. ff. & l. 18. Cod. b. t.

Præterea, supra pro regula statuimus quod levis tantùm præstetur culpa, si

contractus utilitatem utriusque respiciat; talis autem contractus est locatio con- ductio, l. 5. §. 3 ff. commodati ergo Cla- riss. D. D. Franz n. 39. b. t. Manz. n. 19. Harp. n. 8. Et communiter omnes.

Ad rationem dubitandi R. quod Su- perlativus ibi positus sit pro positivo, prout omnes ita interpretantur. Vel dic, text. loqui de tali conductore, qui se per expressam conventionem ad exactis- simam diligentiam obligavit.

Casum fortuitum conductor non præ- stat, text. b. t. quilibet enim res perit suo domino. l. 9. Cod. de pignor. Act.

Limitatio I. Nisi casum in se expres- so pacto susceptum, tunc enim contrac- tus ex conventionione legem accipit, l. 1. §. 6. ff. depositi.

Limitatio II. Nisi conductor in mora restituendi fuerit, nam si enim cuque no- cer, l. 47. §. fin. l. 1. b. t.

Limitatio III. N. dum præcesserit culpa conductoris, tunc enim casum præstat, cuius culpa notabiliter præces- sit, l. 3. Cod. de perc. tut. Clariss. D. P. Konig. ad decret. b. t. n. 23. ubi non refertur, aut, ex culpa propria Conduc- toris, live ex culpa famulorum vel do- mesticorum contigerit casus, l. 11. §. fin. ff. b. t. l. 27. §. 9. ad Leg. Aquil.

Præterea conductor obligatur l. ad sol- vendam locatori integram mercedem, l. 25 l. 58 ff. b. t. & quidem post mortem cum usuris, 32 §. 2 ff. de Usur. l. 13. Cod. b. t. Concord. Jm A. amic. teste Wiler lib. 2. tit. 5. circa finem ibi: Wann der, &c. i. e. Cum conductor mercedem promissa tem- pore terminoque defuncto non solvit; tunc tenetur Domino seu locatori usuras a tempo- re solutioni facienda, ipsamque mercedem præstare. Est autem merces illo tempore solvenda, de quo inter partes conven- tum est, l. 34 ff. de R. J. vel quo tem- pore consuetudo obtinet, d. l. 34. Et l. 5.

*l. 8. Cod. h. t.* Quod si nulla sit consuetudo, nulla interveniente conventio, solutio mercedis præstanda est in fine anni, vel temporis, & locatione præfixi. *Bald. in l. Deortus ff. solut. Matrim. Walter. loco citato. ibi.* Qui recte Zeit &c. i. e. *Terminus est n. quia contrahentes constituerunt, ubi autem de eo nihil est conventum; tunc conductor mercedem non habens sed ex parte non solvere tenetur.*

II. Obligator Conductor, re conducta uti, ut necesse bonum patrem familias, *text. hic. & l. 25. §. 3. ff. h. t.* Unde si levis, ipsius, vel domesticorum culpa, *Sera. Fenestra. Fornaces, & similia fracta sint, vel domus combusta, aut res locata deterior facta fuerit, damnum rescire debet. l. 43. ff. h. t. Clariss. D. P. Kurg. loc. cit. n. 23.*

III. Conductor obligatus intra tempus conductionis à contractu non recedere, ita, ut si recesserit nihilominus ad totius temporis pensionem teneatur, *l. 55. §. ult. Locati conducti.* Nisi iusta emigrandi causa subsit, qualis esse censetur. I. Si domus ruinam mineatur, *l. 7. §. ult. ff. h. t.* II. Si domus infestetur spectris, *Gomez. var. resol. tom. 2. cap. 9. num. 3. Covar. resolus. lib. 4. cap. 6. Brunsem. in d. l. 27. §. ult. III.* Si bellum, vel si pestis ingrueretur. *Gul. lib. 2. obs. 13. n. 7.* His, & alijs genus alijs casibus conductor obligatur tantum ad pensionem pro rata. *Cass. part. 2. Const. 37. des. 10. Mart. dist. h. c. l. 8. §. segg.*

35. Locator obligatur I. ad præstatum liberum rei locatae usum, *l. 15. ff. h. t. l. 24. §. cod. II.* Ad rem locatam, sumptibus rescindendam, *l. 25. §. 2. h. t.* Forte, quia *ostia, scale, fenestra, fornaces &c.* successu temporis, & vetustate deteriorate sunt. III. Locator obligatur ad rescindendum damnum, conductori illatum ex re vitiosa locata, quod proce-

dit tantum in eo casu, quod se vitium esse vitiosam, *l. 19. §. 1. ff. h. t.* ubi dicitur, quod si quis ex ignorantia locaverit præteritum, alienum, in quo nascuntur herba, *maris & per ferra*, ex quibus pecora demerita sunt, ad rescindendum damnum non teneatur; mercedem tamen remittere debeat. *Brunsem. in d. l. 19. §. 1. n. 4.*

II. Dices: in d. l. 19. §. 1. statuitur, quod si quis *alio vitioso*, NB. ignavis locaverit, & deinde vitium effluerit, teneatur in id, quod interest, nec ignorantia ejus sit excusata. *Text.* intelligendum esse de eo, qui artem vasorum profiteatur, in tali enim errore circa artem est improbabilis, *Zief. ff. h. t. n. 29. Brunsem. in d. l. 12 §. 1.*

IV. Locator obligatur ad restituendum *Impensis*, à conductore factas, *l. 55. §. 1. & l. 61. ff. h. t.* quod tamen procedit de *impensis necessariis*, & *utilibus*, puta, si in equo conducto, ferretur tolex lacte, vel pro curatione ejus aliquid expensum, *Clariss. D. P. Kurg. loc. cit. 20.* poterit autem conductus impensa vel de mercede, non solum soluta, deducere, vel rem conductam tam diu retinere, donec impensarum nomine satisfiat *d. l. 61.* Vide, quæ de impensis latius dicta sunt. *Lib. II. Tit. l. num. 51. & segg.*

Controversia non levis est, *cujus sit damnum? locatoris, an conductoris, si domus conducta incendio consumatur?*

Certum est I. Conductorem non teneri, ad damnum aliquod rescindendum, si incendium casu fortuito, & sine ejus culpa exortum sit, v. g. *per subitum, multum, aut malitiam exterorum hominum*, casum enim fortuitum conductor non præstat.

Certum est II. Si incendium latum, vel levi conductoris culpa excitatum fuerit, conductorem, & damno rescindendo,

ciendo, obligari, levem enim culpam præstare tenetur, prout paulò antè diximus.

- 36 In eo tantùm rotatur *difficultas* cando, si nescitur, an culpa, an casu incendium coortum sit, ad quem tunc damnum pertineat, & qui probare debeat, culpà, vel casu incendium consurrexisse?

Sunt, qui onus probandi rejiciunt in conductorem, ex ratione, quia (inquirit) locator habet pro se præsumptionem Juris, l. 3. §. 1. ff. de officio Praef. Figul. ubi dicitur, quòd incendia plerumque culpà inhabitantium fiunt. Jam, qui habet præsumptionem Juris pro se, illo rejicit probandi onus in adversarium, l. ult. ff. quod met. caus. Ita Fuchin, l. 1. cont. 87.

Verùm contraria sententia, quæ onus probandi locatori injungit, benigniores calculos tulit, teste Gail. lib. 2. obs. 21. P. Engel ad decre. b. t. n. 7. Arupia diff. 24. quæst. 10.

Ritio, sola, sed solida est, quia triviale est, quòd actori incumbat probatio, l. 2. ff. de probat. §. l. 4. Cod. de edendo, & culpa vel delictum non præsumatur, sed probari debeat, l. Merito ff. pro socio. Vide etiam Menoch. lib. 2. de Arbit. cas. 390. §. l. 6. præsumpt. 61. n. 31. Item Carpov. de Crimnal. quæst. 39. n. 18. Barbou. ad Treutl. vol. 1. diff. 18. lit. C. Brunnem. in d. l. 3. §. 1.

- 37 Ad Rationem dubitandi æ. quòd, licet in legibus, pro anteriori Sententia allegatis, dicatur, incendia plerumque culpa inhabitantium fieri; non tamen exinde mix inferri possit: esse præsumptionem de tali culpa, quæ ex contractu locationis præstantia venit, cum possit esse culpa levissima, quæ obligationem refarcendi damnum, non inducit. Deinde, licet in l. Si vendita. ff. de peric. & commod. rei vend. dicatur, negligentia

servorum potuisse cooriri incendia: male tamen domino imputatur culpa, siquidem commune est, Doctorum dogma. Dominum non alter teneri ex delicto sui famuli, quàm si delinquat circa officium sibi commissum, arg. l. 1. §. Famula ff. de Publican. Sic, si stabularius in stabulo candelam negligenter custodierit, Dominus de refarcendo damno tenebitur, eò quod culpæ nota sit negligentis hominis operà uti. Quòd si verò stabularius in cucina aliquid coxerit, & ibi per incensam domum coxerit, & ibi per incensam domum coxerit, nullatenus imputandum Domino, cum stabularius extra suum officium deliquerit, Gail. l. cit. n. 6.

#### §. MORTUO. FIN.

Locatio conductio finitur variis modis. I. Mutuo consensu, fin. quib. mod. toll. oblig. §. arg. l. 35. ff. de R. J.

Q. An morte Locatoris, vel conductoris solvatur? Dixeris, quòd sic, quia mors omnino solvit Nov. 22. cap. 2.

Verùm, contrarium hic deciditur, ita, ut tam conductoris, quàm locatoris hæres locationi conductioni usque ad tempus conventum stare teneatur. Conductoris, quia succedit in omne Jus defuncti, l. 27 ff. de acq. vel amitt. hered. & contractus semper censetur ita iuri, ut etiam includantur hæreses l. 12. l. 49. ff. de V. O. Locatoris, quia contra factum defuncti venire non potest, l. 3. Cod. de reb. alien. non alien.

Ad rationem dubitandi æ. illam regulam procedere in personis, &c. non in rebus aut in contractibus, Adanz. hic.

II. Finitur locatio conductio lapsu temporis præfiniti, quia ad tempus concessa, post hoc elapsum censetur negata, l. 13. §. ult. ff. b. t.

III. Si res locata ante finitam locutionem vendatur: emptor tamen aut quisvis alius succedet singularis locutioni stare non tenetur nisi eò pacto rem acquisierit, l. 9. C. h. t. l. 12. ff. eod. ratio, quia non representat personam venditoris, Zoes. ff. h. t. n. 40. *Comar. 2. Var. resol. cap. 15 num. 1. Carpz. Part. 2. Conf. 37. Defin. 4. num. 3.* Hinc etiam nunc illud vulgare brocardicon: *Kauff gehet vor Mieth Concord Jus Auftrac.* teste *Walter lib. 2. tit. 5. ibi: Wann der Bestand-Herr* &c. i. e. Cum locator vendit rem locatam, debet conductor emptori cedere: nam cedere nolentem potest expellere emptor, quia emptio venditio rumpit locutionem. *Sutting. in Mann Script. Lit. K. ubi refert, ita judicatum esse.*

Interim, ne rei locatae venditio conductori nociva sit, poterit contra locatorem actionem ad interesse intentare, quanti nimirum sua interest, rem locatam ante lapsum temporis venditam esse. l. 2. §. 4. l. 30. ff. l. 33. ff. Locati *Fanster. wald. l. 2. obs. 18. n. 6. Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 3. n. 9. Zoes. loc. cit. n. 41. Berl. h. Par. 2. concl. 45. n. 10. Perez. ad Cod. de Locat. caud. n. 16.*

Concordat *Jus Auftrac. Loc. cit.* doch *fehlet dem, &c. i. e. potest tamen conductor inter eadem jam ante solutam, pro ratione temporis per quod rem tenuit repetere, nec non ad quod interest adversus locatorem persequi ob successionem non prausam.*

IV. Si locator rem locatam propter supervenientem, & ante non prævium casum probet, propriis suis usibus domum suam esse necessariam, v. g. si domus, in qua habitavit, incendio perierit, vel si uxorem duxerit, & familiam habere incipiat, l. 3. Cod. h. t. l. 12. ff. eod. n. 33. *l. 1. perwald lib. 2. obs. 17. 33. n. 3.*

V. Si domus eget necessariâ refectio-

ne, c. l. 3. VI. Si conductor re locatâ malè utatur, c. l. 3. *Siehard. ibid. & Menoch. de Arbit. cas. 78.* fortè, quia domum multum deteriorat, trabes incidit, officia confringit, fenestras destruit, vel etiam in domum conductam meretrices inducat, cum & talis deterioret rem conductam; l. non aliter ff. de usu. & habitas.

VII. Si mercedem conventam constitutò tempore, vel, (si cerum solutionis tempus non fuit adjectum) intra biennium non solverit, d. l. 3. Cod. h. t.

## TITULUS XXVI.

## DE SOCIETATE.

## SUMMARIA.

- 1 Quid sit Societas?
  - 2 Socius Socii mei: non est Socius meus.
  - 3 Quomodo differat Societas a Communione?
  - 4 Societas alia universalis, alia est particularis.
  - 5 Natura Societatis est ut Lucri, & Damni Communicatio aequalis fiat.
- Nov. ad Instipua.*

6 & 7 Tractantur pacta Societati adici solita.

8 An valeat hoc pactum, ut quis lucri partem ferat: damno autem non teneatur?

9 Leonina Societas?

10 11 12 13 14 Explicantur modi, quibus Societas solvatur?

15 Quam culpam Socius Socio praestet?

V V V

Tertia

**T**ertia species *Contrahitur*, consensu initorum est *Societas*, quæ nostrâ vernaculâ vocatur *eine Gewerbi-Gemeinschaft*, & definitur, quod sit *Contrahitur* *inter gentium*, *mutuatus bonæ fidei*, *solo Origenis* *ed animo mutui*, *ut res*, *operæ* *honestæ* *variousque rerum lucra*, & *damni* *inter socios communicentur*.

*Dixi I* (Cetera enim vocabula ex *du* *his* recipiunt sui cognitionem) *solo consensu*, qui simul, atque de communicandis lucris, & damnis partes conferunt, societatis contractus perfectus, atque alatus esse, dicitur, nec opus est *expensis*, *si leuitate verborum*, aut *Res Traditione*, L. 2. §. 1. ff. de O. & A. Mart. n. 17. Harp. n. 6.

**2** *Regitur* *autem consensu in tantum*, ut Socius mihi esse non possit, quem ego Socium esse nolo. Unde regula nata est: Socius Socii mei Socius meus non est, L. 47. §. 1. ff. de R. J.

*Dixi II*. *Ed animadmitit*, contractus enim Societatis non inducitur, si absque animo, & affectione Societatis contrahendæ, aliquis in communione incidit, sic v. g. si duobus una, & eadem res legata sit in aliquo testamento, vel, si duobus eadem hæreditas relicta sit. Societas non contrahitur, sed communis ratio, quia animus deficit, *Celsus* *perg.* *Quæst. I. ab. in h. t.* Harp. n. 8.

**3** *Dixi III*. *Ut res*, *operæ* *et ratio*, quia Societas aliter rata non est, nisi ab utraque parte, res, vel opera, vel ab una parte res, ab alia vero opera in Societatem conferatur; *ratio* *et omis*, quia subitit nuaia ab actu abotile non possunt, atqui substantia Societatis sunt *Conse sus*, & *communicatio lucris*, *damni*, ergo, *Man. n. 19* ubi insert, si quis neque operam, neque rem in Societatem intulerit, magis esse *Dominus-tionem* quàm *Societatem*.

*Dixi IV*. *Ut lucra*, & *damna inter Socios communicentur*, principalis enim Societatis finis est, ut omnia lucra, & damna inter Socios, Jure quasi Fraternitatis, communia sint, in hoc differt ab aliis contractibus.

#### AD PRINCIPIMUM.

*Dividitur Societas in universalem, & particularem*. Universalis dicitur, qua inducitur universalium rerum communicatio, hoc est, quæ communicantur omnia bona, quæ Socii habent, non tantum præsentia, sed etiam futura, non tantum *regressa*, sed etiam *acquirenda*, nullâ factâ differentia; sive ex prospera fortuna, sive ex *indignis*, sive ex *contrariis*, sive ex *ultimis voluntatibus* proveniant, L. 3. §. 1. ff. pro Socio, & hoc in tantum.

*Ampliat*, ut bona, quæ Socii tempore contractus possident, ipso Jure sine apprehensione, aut traditione communicentur, & eorum dominium in socios hinc inde transferantur, L. 1. §. 1. & L. 2. ff. pro Socio. Ratio porro est, quia omnium rerum, quæ in patrimonio conjunguntur sunt, traditio valde foret difficilis, & sine magna incommodum fieri non posset; idem, utinam causâ Jura fingunt traditionem, & apprehensionem intervenisse, d. l. 2. *Schunck. l. h. t.*

*Dixi bona*, quæ Socii tempore contractus possident; ea enim, quæ post contractum acquiruntur, ipso Jure non communicantur, L. 74. ff. pro Socio. Harp. n. 16. *Mart. v. d. B. m. m. m. l. 1. ff. de l. Rationem differentie* *Zoef. ff. pro Soc. n. 6*, reddit istam, quod traditio rerum in universali ratio sit difficilis, ut lex eam pro factâ habeat: non etiam sit difficilis eorum, quæ postea acquiruntur.

Particularis

Particularis Societas vocatur illa, quæ res singularis aut res plures quidem, sed nominatum expresse communicantur, v. g. quando duo pluresve super aliqua certa, & speciali negotiatione (veluti vini, frumenti, olei emendi, vendendive) conveniunt, & hæc Societas ultra rem, in Societatem deductam, & negotiationem ejus non extenditur, limitata enim causa limitatum producit effectum; *Manz. n. 9.*

### §. ET SIT. I.

- 5 Natura Societatis potissimum in eo consistit, ut lucri, & damni fiat communicatio æqualiter, pro contributione scilicet quantitatis, ita, ut inæqualis contributio faciat etiam portiones inæquales; quia æquum est, ut is, qui plus contulit, etiam plus percipiat, *L. 6. ff. pro Socio.* Unde si Titus contulerit 200. si Sejus vero 100. hinc in casu spectant ad Titum duæ partes lucri, & damni, ad Sejum vero una pars lucri & damni, *Manz. & Schmidt. hic.*

Quod si alter conventum sit inter Socios, quales nimirum debeant esse partes lucri, & damni, conventioni statuitur, eo quod pacta dent legem contrahentibus, *cap. 85. de R. J. in 6. & æquitati nihil magis conventionibus bonæ fidei id custodire, quod inter contrahentes actum est, L. 1. §. 6. d. positi. l. 11. §. 1. ff. de ad. empt. Finckewald. lib. 2. obs. 87. num. 2. Carpz. Juraprud. forens. Part. 2. consil. 39. Def. 39. num. 4.*

### AD VERS. NEC ENIM.

- 6 Quandoquidem dictum est, pacta Societatis esse servanda, ideo nunc in specie hic nonnullis pactis dubitatur, num. Societati adjecta, valeant? & I. Q. an tale pactum inter socios subsistat, ut ad novum duæ partes & lucri, & damni pertineant, ad alium tertia?

*Resp.* Imperator hic: *nequaquam fuisse dubium, quoniam valeat conventio, si id inter se pacti sunt, ut ad novam quidem duæ partes, & lucri, & damni pertineant; ad alium tertia.*

Verum hæc generalis, & indistincta Imperatoris constitutione non obstat, *Harp. l. 1. §. Manz.* cum pluribus aliis rebus statuit, *Decisionem Imperatoris* non aliter procedere, quam, si is, qui plus lucri, & damni habet, plus ponit, vel operæ Societati contulerit, *L. 29. ff. pro Socio, ibi: Si modo aliqui plus contulerit Societati, ratio est, qui aliud tale pactum induceret inæqualitatem;* quæ naturæ Societatis contraria est, licet proinde noster §. *indistincte* loquatur, temperamentum tamen recipit ex *d. l. 29.*

### §. DE ILLA. 2

Quæritur hic, an in Societate talis conventio valeat, ut ad Titum duæ partes lucri, & tertia damni: ad Cypm vero duæ partes damni, tertius lucri pertineat?

Quoniam Mutus putabat, id genus conventionum Societati contrariari, ex ratione, quia in Societate æqualitas observanda est, *L. 63. ff. pro Socio.*

Verum, Servus Solvitur negavit, hoc pactum contra naturam Societatis esse, ex ratione, hic subjunxit: *quia sepe quarundam ita preclusa est opera in Societate, ut eos, justissime, conditione meliori in Societatem admitti; hoc est, quia sepe fieri potest, ut ex Socio unus duntaxat operæ suæ Societati proficiat, ut æquissimum sit, plus illius lucri percipere, quam alterum totum, vel minus indutrum.* Putabat itaque Solvitur, posse Societatem esse æqualem, etiam partibus lucri, & damni inæqualibus constitutis, ratione scilicet vel rei, vel operæ quam alter copiosius in Societatem infert, *Manz. n. 4. Harp. n. 12.*

VVV 2. AD



## AD VERS. NAM ET ITA.

In hoc  $\Psi$ . Imperator ulterius confirmat *Suspensam* Sententiam argumentis ductis à majori ad minus atque, ut coiri posse Societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit; ratio, quia sæpè opera alicujus pro pecunia valet, ergo multò magis valebit Societas: si uterque pecuniam contulerit; & conventio facta fuerit, ut ad alterum dum partes lucri, & tertia damni, ad alterum dux partes damni, & tertia lucri pertineat.

Cæterum, si una pars pecuniam conferat; & altera duntaxat operam, finitâ Societate fors ipsa, seu capitale non venit in communicationem; sed fors revertitur ad dantem, & solum lucrum communicatur, L. 52. §. 2. ff. pro Socio. Schneid. in 5. Harp. n. 26. *Fischerus* l. 2. obs. 87. n. 6. Zosf. loc. cit. n. 21.

## AD VERS. ET ADEO.

In hoc  $\Psi$ . Quæritur, utrum valeat Societas, hâc pacto data, ut quis lucri partem ferat, de damno autem non teneatur?

In hac quæstione tantò inter se diffidit colliduntur Doctores, ut tot ferè sint Sententiæ, quot Capita; nimirò,

Sunt, qui tale pactum valere putant, ita tamen, ut tanti sit opera Socii, quanti verisimiliter damnum foret, si pecuniam contulisset. Ita *Wesemb.* luff. b. t. n. 3. rationem assignat istam, quia satis perdit ille, qui operam suam perdit.

Sunt alii, qui tale pactum valere, absolute negant, ex ratione, quia usurariam pravitatem sapit, eò quòd pecunia non tam communicetur, quàm potius alteri mutua detur sub lucro, quod

forte salvâ mera usura est. Ita Zosf. ff. pro Socio. Gaul. 2. obs. 24. n. 5.

Sunt iterum alii, qui censent, valere tale pactum non quidem Jure Societatis, sed Jure Conventionis, tribuentis legem contractui. Ita *Menz.* b. t. n. 19. ubi ait, licet respectu ejus qui omne damnum sustinet, tale pactum videatur sapere inæqualitatem, ei tamen, utpote volenti non censeri, injuriam fieri. arg. cap. Societatis 27. de R. J. in 6.

Sunt denique qui aliter sentiunt, sicuti Harp. luff. loc. n. 15. Bach. vol. 1. disp. 27. thes. 9. Lit. B. Brunnem. in L. 29. §. 1. ff. pro Socio.

Sane, illa conventio, ut alter Sociorum omne lucrum ferat, alter verò omne damnum, Societati contraria, & invalida est, utpote Leonina, L. 29. §. 2. ff. b. t. vocatur autem Leonina, quia iniquissimam illam apit Divisionem, quam Leo cum Vulpe fecisse fertur, cum enim Leo, & vulpes prædam communem occupassent; hanc Leo instituit divisionem. I. (inquit) pars erit mea ratione Societatis, tecum inute, II. eadem mea erit, quia in jorem tuâ contuli operam. III. verò pars similiter mihi remanebit, quia te sum fortior; & IV. partem qui mihi eripuerit, amicus meus non erit. Harp. n. 19.

## §. I L L U M. 3.

Illud ex hoc §. habes, quod colligas nimirum in casu, quo partes in una Causa (v. g. Lucri) sunt expressæ, altera verò (v. g. Damni) omisissæ; Illas in causa omisissæ partes censeri repetitas, quæ in altera causa expressæ fuere: contrariorum enim eadem est disciplina.

## §. MANET. 4.

Visd, quomodo *contrahatur*, sequitur, quomodo *dissolvatur*, & *finatur* Societas?

<sup>10</sup> *Finatur* autem I. *Renuntiatione*, quæ, si sit *mutua*, & *reciproca*, illicet facit, dissolvari Societatem, arg. l. *Nihil tam naturale*, 35. ff. de R. J.

Sed, quid juris, si *non sintaxas pariter renuntiaveris*? Item esse, cum nemo invitatus stare tenetur in Communione, l. *fin.* Cod. Commun. divid. Et hoc est speciale in Societate, siquidem in aliis contrahibus, alteri inviti, recedere, concessum non est, arg. l. 5. Cod. de O. & A. Et hoc procedit, etiam si conventum sit, ne intra certum tempus à Societate recedatur, l. 14. ff. de i. ratio, ut evitetur *Rexarus Occasio*, quas Communio parere solet, Gail. 2. obs. 24. Manz. n. 9.

## AD VERS. SED PLANE.

Dicta procedunt, quatenus *Renuntiatio* sit *bona fide*, sine fraude, & *Dolo*: si enim quis *collide*, & *malitiose renuntiavit*; ut, qui institutus est hæres, in Societate universalis solus retineat hæreditatem, renuntiatio non teneret. Imò callidè renuntians hæc poenā afficitur, quòd teneatur lucrum, quod captavit, communicare, damnum verò, quod fortè præter spem emergit, solus perferre, Text. hic. & l. 65. §. 3 ff. pro Socio. Illud etiam lucrum, quod alter, cui renunciatum est, post renunciationem tulit, sibi soli acquirit. Damnum verò cum Socio malitiosè renuntiante communicat. Text. hic. & l. 65. §. 3. Schmid. Dyg. hic, n. 3.

## §. SOLVITUR. 5.

Secundò solvitur Societas *morte* etiam *unius Socii*, Text. hic. eò quòd in Societate censetur electa personæ *indivisa*, qualis contractus ad hæredes non transit, Gail. l. 1. obs. 97. num. 2. Manz. n. 4. Etiam si, ut ad hæredes transfret, pactum aut conventio facta fuerit, l. 29. ff. pro Socio, ratio non est alia, quàm ut *rixis*, & *discordiis*, quarum mater est communio, obviam eatur, Schmid. num. 2. Harp. n. 17.

Dicta procedunt etiam in *casu*, quoties, quatuor, vel plures Societatem coierunt, ut morte unus tota Societas solvatur, Text. hic. & l. 65. §. *morte* ff. pro Socio.

## §. ITEM SI 6.

Tertio finitur Societas *Fine negotii*; 12 fac enim, quod alicujus certæ rei (v. g. *unius equi comparandi grati*) contracta Societas, & istud negotium finitum sit; tunc enim ipsa quoque Societas finitur: cessante enim causâ, cessat effectus, & limitata causa producit limitatum effectum, Text. hic.

## §. PUBLICATIONE. 7.

Quarto finitur Societas *Publicatione*, 13 si omnia Socii bona publicentur & confiscentur, quia tunc deficit materia, cujus sit Societas, Text.

## §. ITEM, SI QVIS. 8.

Quinto solvitur Societas *Cessione* 14 *mortis*, ratio est eadem, quia deficit materia, cujus sit Societas.

## §. SOCIUS. FIN.

- 15 *Queritur, quam culpam Socius Socii praestet? & R. secundum ea, quae Lib. III. Tit. XV. de Comm. nro proposita sunt, quod Socius Comm. non praestet, nisi dolum, latam & levem culpam, eo quod contractus Societatis respiciat uti-*

litatem utrius. neq. in incasu non praestetur, nisi levis culpa. L. 5. §. 2. ff. Commodati l. 23. ff. de R. J. Diffinit. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 16. qui contra communem DD. Sententiam evincere elaborat, in Societate non aliam quam *latam culpam* praestari.

## T I T U L U S XXVII.

## D E M A N D A T O.

## SUMMARIA.

- 1 *Quid sit Mandatum?*
- 2 *Debet esse gratuitum.*
- 3 *Mandataris quomodo differat à Negotiorum gestore?*
- 4 *Mandatum aliud est expressum, aliud tacitum.*
- 5 *Aliud iudiciale, aliud extrajudiciale.*
- 6 *Aliud generale, aliud speciale.*
- 7 *Aliud generale cum libera, aliud generale simplex.*
- 8 *Mandatum contrahitur quinque modis.*
- 9 10 11 12 & 13 *Explicantur illi modi.*
- 14 *Ex consilio quando, & quomodo quis obligetur?*
- 15 *Mandatum contra bonos mores nullum est.*
- 16 *An pars mortis teneatur, qui navem, doli vulnera, & Mandataris instituit Mortem?*
- 17 *Fines Mandati diligenter sunt custodiendi.*
- 18 *Si plures emat Mandataris, quomodo mandatum est, actionem Mandati contrariam perdat.*
- 19 *An, quoad excessum, non habeat actionem Negotiorum gestorum?*
- 20 *Mandatum expirat per Revocationem,*

21 *Item per mortem Mandatarii.*

22 *Item per Renuntiationem.*

23 *Ex Mandato nascitur duplex actio, directa, & contraria.*

**Q**UARTA SPECIES CONTRACTUM. qui solo Consensu constant, est Mandatum, definiturque quod sit Contractus, solo consensu initus, quo negotium gratis gerendum, committitur, & suscipitur.

Diximus I. solo Consensu initum, quia ad sui Perfectionem Mandatum nihil quidquam (praeter Consensus) requirit nullam verborum Solemnitatem, neque litteras, neque alicujus rei actualem Traditionem.

Diximus II. *gratis*: Mandatum enim huius sit gratuitum, nullum est, nam Originem ex Officio, atque Amicitia trahit, cui contraria est Merces. Interveniente igitur, Mercede, sive pecunia, non Mandatum sed Locatio, & conductio contractui intelligitur, quemadmodum infra §. 13. b. t. (Deo annuente) audiemus Harp. n. 16.

Diximus III. *Committitur*, nam si quis non ex Commissionem sed sua sponte Negotium alienum in alicujus absentia gerat, non dicitur Mandataris, vel Procurator, sed Negotiorum Gestor, & nascitur

nascitur inde non obligatio, vel contractus Man'ati, sed quasi contractus, scilicet *Negotiorum Gestio*, de qua in *seq. nt.* Deinde vox committitur etiam posita est, ad differentiam commendationis; nam si quis solum commendat, non contrahitur obligatio, quia commendatio potius vim rogandi, quam mandandi habet, *S. h. u. n. 5.*

Diximus IV *suscepit*, quia, si negotium non ex commissione suscipiat, sed litro interveniat, & studii solum causâ deest officium, Mandati non tenetur. *Menz. n. 26.*

4 *Diximus I Mandatum in expressum* & *tacitum* Illud est, quod in verbis expressis consistit, v. g. volo, rogo, mando, &c. Illud est, quod non quidem verbis apertis: sed per *Silentium, Patientiam, Ratihabitionem* declaratur, ut, si alio pro me fidejubente, vel aliud negotium gerente taceam, videor ei mandare, ut pro me si se jubeat, negotium ve gerat & in tali casu Mandati teneor. *l. 6. §. 2. ff. h. t. Harp. n. 22.*

5 *Diximus II. Mandatum in judiciale, sive ad Lites, & extrajudiciale, sive ad Negotia.* Illud qui suscipit, plerumque Mandatarius dicitur; hoc verò qui suscipit, *Procurator* nuncupatur. Licit non raro ista negotia confusa sunt.

6 *Diximus III Mandatum in generale, & speciale* Generale est, quod sine ulla negotii designatione alicui committitur, & procurator nemini omnium rerum, sive universorum bonorum, & negotiorum habet; *l. 60. l. 68. l. 63. ff. de Procurat.* Speciale, cum negotium unum, vel plura (sed certa, & determinata) gerenda alteri committimus.

7 *Mandatum generale subdividitur in generale cum libera, & generale si n. ex, sive sine libere.* Generale simplex, sive sine libera est, cum negotia omnia sim-

pliciter alteri committimus. Tale qui mandatum habet, simpliciter *res administrandi potestatem* consequitur, non *transigendi*, non alienandi.

Generale cum libera est, cum liberam alteri potestatem concedimus, ea omnia facienda, quæ ipsi verisimiliter facturi fuisset. Tale qui habet, non simpliciter tantum administrare; sed & *alienare, venlere, exigere, novare, solvere creditoribus* potest, & ea denique omnia facere, quæ ipse Dominus verisimiliter faceret, si adesset, *L. 58. ff. de procurat.* Exciipiuntur ea, quæ speciale Mandatum requirunt, puta, *Matrimonium, &c. Zwij. ff. Mandatum. 2. Harp. n. 27.*

#### AD PRINCIPIMUM.

Mandatum contraditur quinque modis. 8

I. Si Mandator, suum tantum gratia, aliquid Mandatario committat, sive, quando quis negotia solius Mandantis suscipit.

II. Quando quis suum, & ipsius Mandatarii gratiam, aliquid mandat.

III. Quando quis alienum, sive alicujus tertii causam, potissimum mandat; vel, quando quis in negotia suscipit, quæ neque ipsam neque Mandantem respiciunt.

IV. Quando Mandator, suum, & alienam gratiam, aliquid mandat; vel quando Procurator negotia mixta, mandantis, & alicujus tertii suscipit.

V. Quando quis ipsius procuratoris, & alicujus tertii causam mandat, *Text. luc.*

#### §. MANDANTIS. I.

Mandantis tantum gratiam, intervenire Mandatum, dicitur, si quis tibi mandat, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres. Ratio, quia ad cognoscendum cujus gratiam Mandatum fiat, inspicien-

inspiciendum est, cujus utilitatem concernat negotium, quod mandatur, atque in posito casu Mandatum concernit utilitatem mandantis tantum ergo, *Mand. hic.*

### §. TUTA GRATIA. 2.

10 Mandantis, & Mandatarii gratia, contrahitur Mandatum in sequentibus Casibus.

I. Si tibi mando, ut pecuniam Titio sub usuris credas, qui eam in rem mea non versurus est. Ratio cur utriusque gratia, dicatur contractum, est, quia utriusque utilitas hic vertitur. Tua, quia usura tibi obveniant. Mea, quia in rem, & utilitatem meam pecunia vertitur.

Duos alios casus, exempli causa ponit *Murz. hic.* ad quem te remitto. Ego (ne diu his subtilitatum nugis involuter inhaereamus,) puto, hoc exemplum dari posse ex quo relinceat, quando mandatum datur, Mandandis, & Mandatarii gratia, contractum, puta, si mando ut mihi & tibi emas fundum.

### §. ALIENA. 3.

11 Aliena tantum causam intervenit Mandatum, v. g. si quis tibi mandaret, ut negotia Titii gereres, vel, ut Titio fundum emeres.

Dices: In hoc Mandato, quod aliena tantum gratia fit, nulla versatur utilitas Mandantis, ergo mandatum esse non videtur, quia si nihil intersit Mandantis, negotium expedire, non vero Mandatum, sed consilium potius esse, videtur; nec Mandati actio competit, l. 8. §. 3. ff. *Mandati*, Harp. n. 35. R. Liceat non vertatur utilitas Mandantis, periculum tamen ejus subest, cum mandatum semper periculo mandantis contrahatur, & adversus eum actio Mandati datur, Harp. num. 36.

Dicer: supra de inutil. stipulat. §. 4. dictum est, quod alteri per alterum non queratur actio, ergo non poterit, aliena tantum causam intervenire Mandatum Resp. I. Quosdam velle hoc esse in Contractum Mandati singulare R. II. Non alii, quam mandanti, ex hujusmodi Mandato acquiri actionem, & soli Mandanti Mandatarium obligari ad Mandatum illud exequendum: quamquam utilitas hujusmodi Mandati in tertium redundet. Vides ergo quod tertio non acquiratur actio, ut d. §. 4. nobis non adverteretur. *Schamb. hic.*

### §. SUA, ET ALIENA. 4.

Mandantis, & aliena gratia, intercedit Mandatum, si v. g. mandet tibi *Mazvius*, ut sua, & *Titii* communia negotia geras.

### §. TUA, ET ALIENA. 5.

Mandatarii, & aliena gratia, intercedit Mandatum, si v. g. mando tibi, ut Titio sub usuris credas. Ratio, quia tibi, & Titio principaliter prodest. Tibi quia usuras recipis, Titio quia ejus necessitati consultum.

### §. TUA TANTUM. 6.

Mandatarii tantum gratia Mandatum fit, si v. g. Titio mandem, ut pecuniam suam in emptionem praediorum potius collocet, quam sub usuris mutuas det. Verum hoc proprie Mandatum non est, unde etiam non obligatorium, quia est *Consilium*. Ex consilio autem quis non obligatur, cap. 62. de R. J. in 6. & l. 47. ff. *cod.* Ratio, quia consilium, non necessitas est ita, ut quis illud cogatur sequi. Et unusquisque potest ac debet diligenter explorare, an expediat sibi consilium? d. 2. ff. *Mand.* *Schneid. hic. n. 2.*

Diximus:

14. **Diximus: ex consilio neminem obligari.** Verum cum id *in hunc* non procedat. Ideo referre existimo, an consilium detur contrahenti, an delinquenti?

Si contrahenti datur consilium, quod tanti ponderis est, ut alius non fuisset contrahiturus, consulens *Actioe Mandati* tenetur per *C. riss. l. r. l. 6. §. 5. ff. Mandati*. His verbis: *aut si non esses facturus, nisi ego mandissem? est mea non inter?iam. n. erit Mandati Actio. Harp. m. q. Schneid. l. r.*

Si verò consilium tale fuerit, ut contrahiturus tamen fuisset, refert iterum, an *frausulentum* fuerit, nec ne? Si prius, tenetur consulens; ve' uti, cum scires eum eui mutabam, tibi facultatibus, tamen locuti cui causa, idoneum eum affirmasti, quia tunc teneris de dolo, *L. 18. ff. de dolo m. id.* Si posterius, licet res postea male succedat, non tamen consulens tenetur, *d. l. 47. ff. de R. J. §. c. 62. de R. J. in l. hinc. d. n. 2.*

Si denique consilium detur delinquenti, consilium indistinctè tenetur, sive alter alius delictum commissurus erat, sive non; si enim non erat facturus, de bono facit malum; si facturus eras, de malo facit deteriorem. Nec enim laudando oportet malitiam argeri, *L. 1. §. Sed. utrum. §. N. c. enm. ff. de seru. corrupti. Schneid. loc. cit. Manz. n. 7.*

#### AD VERS. ET ADEO

Nulla Regula sine exceptione est. Diximus supra Ex consilio in contractu aliquem regulariter non obligari. Hoc recipit limitationem, ut procedat, si consilium indistinctè conceptum sit; secus verò, quando certa persona deliquisse fuit, *L. 6. §. 2. ff. Mandati, v. g. si mandas tibi, ut Titii pecunias sceneres.* Ratio, quare hoc casu obligetur: est, quia non tantum Mandatarij: sed Titii etiam

*Est ad hunc.*

causà, Mandatum factum esse, intelligitur, & consilium non est, quando aliter, quam Mandatarij causà, mandatur. *Manz. n. 10.*

#### §. ILLUD QUOQUE. 7.

Mandatum contra bonos mores non est obligatorium. *Lex. l. c. & in L. 6. §. 3. ff. l. c. sic quis, ad eum sacr. ius spoian. dant, hominem vulnerandum, occidendum.* Mandatum suscipit, nihil Mandati iudicio consequi potest, hoc est, non habet, istius *l. c.* nomine ullam adversus Titium mandati actionem, neque regressum, si res male cedat, *L. 22. §. 6. ff. de R. J. Ratio, quia rerum turpium nulla est obligatio, L. 26. ff. de U. O. impa. tes proinde sibi, qui tale Mandatum extortus est, cum ei parere non debeat.*

Porro, tamen Mandatarius contra Mandantem in rebus turpibus nullam habeat adversus Mandantem Actionem. Interim tamen habet is, cui nocivum, & in cuius perniciem mandatum datum est, saltem Actionem contra mandantem, non quidem mandati (quia res, inter alios alia, alius ad pariendam actionem, non prodest) sed ex delicto. cum aequè eum violet, qui mandat delictum: quam qui perpetrat. Unde is, qui perussit, iussit, mandavit, ut injuria fieret, Actione Injuriarum tenetur, *L. 12. ff. de injuriis, & qui datum aliterus procuravit, nulli Actione Legis Aquilæ conveniri potest. Manz. n. 7. Schneid. l. r. Chungenberg. Quest. 6. obj. m. l. c.*

Contra verò non levis est, an is qui mandavit, hominem vulnerari tantum prosequens, prohibensque discedere occidat, si, cum Mandatarius occiderit, ordinari al. gn. Cornelius de Si quis poma tenuerit? Affirmativa subscribunt non infirmorum Atriores, Zoef. ff. Mandati n. 11. Mauvoh. 2. Arb. conf. 332.

*X. n. r.*

*Moveri*

*Abortientur* I. quia quoties quis aliquid facit, ex quo cogitare potest, mortem subsecuturam, vel subsequi posse, toties ultimum supplicio tanquam homicida, afficiendus est, *L. 6. Cod. ad L. Jul. de Sicar.* atqui ex vulneribus mors subsequi potest, cum vulnera non dentur ad mensuram, ergo.

II. Nihil interest quoad poenam *Legis Corneliae* ordinariam, occidat quis, an causam mortis præbeat, *L. 15. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* atqui is, qui vulnerari jubet, causam mortis præbet, si ex vulnere moriatur vulneratus, ergo, perinde ut homicida mortis supplicio afficiendus erit.

III. Per *L. 38 § Qui Abortionis ff. de pen.* ubi afficitur capitali poenâ qui alicui poculum abortivum, vel amatorum præbuerat, & quidem propter hanc rationem, quia ex tali poculo mors subsequi potest; ergo, cum etiam eadem ratio in vulnere militet, idem Jus statuitur, necesse est.

IV. Datus operam rei illicitæ ad ea omnia tenetur, quæ etiam, præter expectationem sequuntur, *arg. cap. Dna se queritur 19. de Homicid. & cap. ult. eod. in 6.* atqui, qui jubet vulnerare, dat operam rei illicitæ, *L. 10. & L. 30. ff. de Homicid.*

V. Quid vult antecedens, vult etiam consequens, *L. 2. ff. de Jurid. antecedens est vulnus, consequens est mors*, ergo qui vult vulnus, mortem quoque intendisse, censetur.

Quamquam Achilleâ fortitudine nitantur hæc Argumenta; ea tamen non sunt; ut rectè tenacem animum in sui dedicationem trahant. Assumo in negativæ sententiæ prognosticatione debitorum. *Hinc. var. resolut. lib. 3. tract. 7. pars. 4. Quest. 5. Harp. n. 18 hic. & §. 5. de pub. Jud. n. 80. Fuchs. l. c. 36.*

Ratio sola sed solida est, quia nemo poenâ homicidii ex *L. Cornelia* afficitur, nisi qui occiderit, & animum simul occidendi habuerit. En rebelle caput; duo ad Homicidium conjunctum, puta, occidendi animus & eventus, *L. 1. §. 3. §. ad Leg. Cor. de Sicar.* ubi in hæc verba rescribitur: *eum qui hominem occidendi animo admisit, absolvi posse, & qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum* Jam verò, qui mandavit vulnerare, prohibuit autem occidere, nec occidit, nec etiam animum habuit occidendi, ergo qua fronte (ais) ut homicidam damnari posse?

*Accedat*, quod verba mandati strictissime sint intelligenda, adeoque Mandatum de vulnerando nullatenus intelligi potest de occidendo.

Ad I Resp. min. procedere de eo casu, quo regulariter, frequenter, & facile mors sequi potest. At, ex vulnerare non facile, non frequenter, non regulariter mors sequitur. Nam quanti (oblecto) sauciantur, qui tamen non moriuntur?

Ad II. *Et d. l. 15.* de eo exaudientem esse, qui directè, doloque malè causam mortis præbuit. Deinde, non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsam intenderit, ejusque animi fuerit, ut mors sequeretur. Quod in nostro casu asseri non potest.

Ad III. repono I. quod ex poenâ Abortionis, seu Amatorio frequenter & regulariter ferè mors sequatur: secus ex vulnere. II Dico id singulare esse, in poculo abortivum, seu amatorio, cum res sit maximi mali, & pessimi exempli Quod ergo contra regulam Juris, quod nempe homicidium delictum sine animo, & proposito occidendi non

committat, *l. 1. §. 3.* constitutum est, ad exemplum, & consequentiam non est producendum, *L. 4. §. 5. ff. d. d.*

Ad IV. illam regulam procedere de casu, quo quis dat operam rei illicitæ, ex qua frequenter, & necessario mors sequitur; at ex vulnere mors frequenter, & necessario non sequitur.

Ad V. Dico: *maiores* propositionem de eo consequenti intelligendam, quod ex antecedente necessario. Imò, ex eo vulnere, quod infligi Mandans iussit, nunquam mors sequitur, siquidem vulnus, non lethale, infligi mandavit.

### §. Is, QUI EXQUITUR. 8.

In hoc §. explicatur Officium procuratoris, quod in eo consistit, ut diligenter observet *quid, quale, quantum*, quousque *mandatum sit*, si excessum fecerit, sibi facit. Uno verbo: Fines Mandati sunt diligenter custodiendi, *cap. 27. de Prebend. m. 6. Nam, qui excessit, aliud quid facere videtur, l. 5. ff. Mandati.* Ideoque Mandatarius non modo nullam mandatori damnum, aut præjudicium infert, & adversus mandantem, ratione excessus, actionem non habet, *L. 36. §. Mandati. c. g.* mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo venderes, in verò minoris vendisti, & venditione facta, rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in præjudicium ipsius Mandantis in emptorem non transiit, *L. 12. Cod. Mand. l. 19. Cod. de Procurat.* igitur non obstante Traditione rem suam vindicare Mandator poterit, nec ei vindicanti *Exceptio rei vendite & tradite* nocebit, cum non ex voluntate ipsius vendita sit, ac propterea perinde habeatur, ac si vendita non esset,

*l. 1. §. 3. ff. de except. rei vend.* Sane, si emptor Mandatorem velit indemnem servare, & id, quod definitio pretio deest, superaddere, mandans rei vindicationem intentare non potest, *L. 5. §. 4. ff. Mandati Harp. n. 2.*

Non obstat *L. 26. ff. de contrah. Empt.* Ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. *Resp.* debitorem esse rei venditæ dominum: procuratorem, sive Mandatarium non etiam. Ille ergo facilis, quum hic, dominium in emptorem transferre poteris, *Harp. n. 7.*

### AD VERSUS UT ECC.

Queritur in hoc §. quid Juris, si quis alteri mandaverit, ut secundum Cornelianum, Mandantis nomine emeret *100. aureis* ? *g.* rem *Distinctionis* adminiculū dirimendam esse: *vel Mandatarius certò pretio, à Mandatore descripto vel pluris, vel minoris emit.*

Si certò pretio à Mandatore definitio, emit, dubium nullum est, quin id à Mandatore actione mandati sit repetiturus.

Si pluris emit, certum est, quod *g.* Mandatarius, quoad excessum contra Mandantem non habet actionem Mandati, *tras. hic. & in l. 3. ff. Mandati. Schneid. n. 3.*

Quærit I. An saltem, quoad concurrentiam summam sive summam Mandatam, actionem Mandati habeas? *Sabinus, & Cassius id negabant, sed diverfis Scholæ Aulicæ, (Nerva scilicet & Proculus) rectè usque ad Summam mandatam Mandatarium acturum excessum;* & hæc sententia veluti benignior, prævaluit, *L. 3. §. ult. & l. 4. ff. Mand.* Ratio, quia utile per inutile vitari non debet, *c. 37. de R. J. in c. quoties res ipsa separationem recipit. Manz. n. 11.*



*Quærit II. An Mandatarius pro excessu non saltem habeat actionem Negotiorum gestorum?* *¶* Intereffe, num specialiter Mandator prohibuerit, rem majiori pretiò comparari, nec ne? si prius? indistinctè tenendum, quod Mandatarius Actionem Negotiorum Gestorum non habeat. Ratio, quia negotia non sunt, quæ prohibenti sunt. *Monz. n. 13. & Actio negotiorum gestorum non competit ei qui gessit in iud. domini. l. si. Cod. de Neg. Gest.*

Poterit tamen hoc in casu Mandatarius sibi consulere rei retinutione & exceptione Doli mali. Ita, ut cogatur Mandans vel totum contractum approbare, vel improbare. Adeoque, vel integrum pretium solvere, vel rem totam Mandatario relinquere. *Schwend. n. 3. Ratio, quia officium suum nemini debet esse damnosum, l. 7 ff. Testam. quædam. apert. & iustum non est, ut Mandans locupletetur cum aliena iactura cap. 38. de R. J. in 6. Monz. n. 14.*

Si mandator specialiter non prohibuerit rem majiori pretiò comparari, communi autem hominum existimatione iustum sit pretium, quod ipse pro fundo expendit, & sic utiliter negotium Mandatoris gessit, puta, ex æquitate saltem Mandatario competere, quoad excessum actionem Negotiorum gestorum, tum, quia, quoniam negotia utiliter geruntur, actio ista competit, *l. 2. ff. de l. 2. Cod. de Negat. gest. tum, quia nemo debet cum alterius iactura locupletari, cap. 48. de R. J. in 6. Schamb. hic. Monz. n. 12.*

Si denique minoris emit? tenetur tradere rem mandanti, & residuum restituere, *Text. hu.* Ratio, quia maioris summa inest minor, *l. 1. §. de Neg. pudenti. ff. de V. O.* & plus continet in se minus, *cap. 35. de R. J. in 6. Lucrum*

sanè retinere non potest, cum officium Mandatari debeat esse gratuitum, *l. 26. ff. Mand. Schwend. n. 3. in fin.*

### §. RECTE 9.

Visò, quomodo Mandatum contrahatur, sequitur, quomodo dissolvatur?

*Dissolvitur, autem l. per Revocationem,* quando scilicet Mandans, poenitentia ductus, re integra, revocat Mandatum. Ratio, quia Mandatum sit plerumque in favorem mandantis; Favors autem, pro se introductio, qui libet renuntiare potest, *l. pen. C. de pæd.* Quod procedit licet Mandatum tertii gratià contractum sit, quia res principaliter inter Mandantem, & Mandatarium geritur *Monz. n. 6.*

Aliud tamen ad Revocationem Mandati validam requiritur, ut revocatio fiat, *re actum integra.*

*Quærit, quomodo res censetur esse integra?* *¶* tunc si necdum cepit interese ejus, qui Mandatum suscepit, *arg. l. 8. §. 6. ff. Mand.* censetur autem ejus interesse regulariter, si jam quandam intuitu Mandati, expensas fecit. v. g. si mandavi Tizio, ut mihi ædificet domum, quamdiu lapides, & ligna non parantur re integra dicitur. Si vero lapides & ligna comparaverit, res integra amplius esse, non censetur, ac prout Mandatum revocari non potest. Ratio quia mutare cum alterius iactura non licet, *l. 75. ff. de R. J. nisi Mandatario refundatur id, quod sua interest; tunc enim etiam, re non integra, Mandatum revocari potest, l. §. 5. 6. ff. l. 1. Schamb. hic.*

## §. ITEM, SI ADHUC. 10.

21. Secundò expirat Mandatum, si adhuc, *integrò Mandato Mortis alterutrus interveniat*, seu Mandantis, quia cessat voluntas, seu Mandatarius, quia electa est personæ industria, quæ personæ coheret, adeoque ad hæredes non transitoria.

Dixi: *integrò Mandat*, nam si res non sit integra, videtur hæredi incumbere, ut exequatur, quod cepit defunctus, juxta regulam: hæres inchoata defuncti negotia absolvere debet. *arg. l. 5. §. 5. Et l. Tutorem 37. §. 1. ff. de admini. Tut.*

Sanc, si Mandatarius ignoret, Mortem Mandantis & negotium expediat, adhuc Mandati actionem habet, *Text. hoc. Et in l. 26. ff. h. t. ratio* quia ignorantia iusta, & probabilis nemini damnum debet asferre.

## §. MANDATUM. 12.

22. Tertiò extinguitur Mandatum per *Renuntiationem Mandatarii*, quatenus res adhuc est integra. Ratio I. quia, cum liceat Mandanti revocare, licebit etiam Mandatario renuntiare propter Jus æqualitatis; imò, plus videtur tribuendum Mandatario, utpote, qui gratuitum officium præstat. Ratio II. quia licet Mandatarius, suscepto Mandato, statim sit obligatus, nulla tamen nascitur contra Mandatarium actio, quando non interest Mandantis.

Dixi: *quatenus res adhuc est integra*, Nam, licet Mandatum suscipere, cullibet ab initio sit liberum, susceptum tamen consummandum est. Non enim licet mutare consilium suum cum alterius detrimento. *l. 175. ff. de R. J. & paria sunt aliquid non facere, & non idoneo tempore facere, l. 3. §. 7. ff. de eo quod. cert. hoc.*

## §. MANDATUM. 12.

Mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, v. g. *Mando tibi, ut post officium hoc agas. Vel, mando tibi, ut si naves ex Asia veneris, hoc agas.* Ratio quia quilibet est rei suæ Moderator, & Arbitr: cur ergò rei suæ, aut negotio non liceat legem ponere, quam quisque vult?

## §. IN SUMMA. 13.

Ex hoc §. notabitur, de natura mandati esse, *ut sit gratuitum*, aliis transferret in aliam speciem contractus. Si enim datur pecunia numerata, est *locatio conductio*. Si verò certa species datur, est contractus innominatus, *facio, ut des, vel do, ut facias*, & idem actio *prescriptis verbis* competit, *l. 1. ff. Mand.*

Sanc, si Mandatarius expedit negotiò *Honorarium* accipiat, non vitiosatur hic contractus, quia honorarium est signum duntaxat *Gratitudinis*, & *Remuneracionis*, *L. 6. ff. h. t. ubi dicitur: si remunerandi gratiò honor intervenieris, eris Mandati Actio*, Schamb. hoc.

*Quæres, si quis ab aliquo Doctore consilium petat, dicatque, quod ipsi bene velit retribuere officium, & non futurus sit ingratus, vel etiam certum honorarium promittat, qualis datur Doctori contra promittentem actio?* Resp. Mandati non, quia hoc est gratuitum, neque locati, quia nulla merces est constituta, neque *prescriptis verbis*, quia *Salarium* incertum est genere, & specie. Nullum proinde remedium ordinarium competit.

Quid ergò agendum Doctori? debet ille per implorationem officii Judicis suum consequi. Unde dicitur, extra ordinem peti solet, *L. 7. l. 1. §. 6. §. pro. Et l. 1. ff. Mand.*

Etsi enim sanctissima civilis Sapiencia pretiū numerariū non sit dehoneſtanda, L. 1. §. 5. de extrord. cognit. labor tamen, & ſtudiū æſtimationem recipit, non quidem per modum mercedis, ſed honorarij. Unde ait *Mauz n. 20.* quōd Doctores, dum ſalarium petunt, non ſoleant dicere pro hoc conſilio, peto 30. ſed *expeſto Schamb. hic.*

Ex Mandato naſcitur duplex actio, *Directa, & contraria. Directa eſt actio*

*perſonalis, civilis, rei perſecutoria, bonæ fidei, quæ datur Mandanti, ejusque heredi contra Mandatarium, ejusque heredem, ad id, quod ſui intereſt, non peractū, vel malo peractū negotiū commiſſū. L. 8. §. Mand. ff. h. t.*

Contraria verò datur Mandatario contra Mandantem, ut Mandatum peractum ratum habeat, & refundat, quod Mandatario nomine Mandati, abeſt, ne officium ſuum ſit illi damnoſum. *Schamb. hic.*

## TITULUS XXVIII.

### DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI- CONTRACTU NASCUNTUR.

#### SUMMARIA.

- 1 Quid ſit Quasi-Contractus?
- 2 I. ſpecies Quasi-Contractus eſt Negotiorum geſtio.
- 3 Quid ſit illa?
- 4 Quam culpam præſtet Negotiorum geſtor?
- 5 II. ſpecies Quasi-Contractus eſt Tutela Adminiſtratio.
- 6 III. Rei Communio.
- 7 IV. Hereditatis Communio.
- 8 V. Hereditatis aditio.
- 9 VI. Indebitus Solutio.
- 10 Inſciendo ſi quando dicatur creſcere.

#### CONEXIO, ET PRINCIPIUM.

**H**ucusque diximus de Obligationibus, quæ ex vero Contractu ſequitur de iis, quæ ex Quasi-Contractu descendunt. Dicitur autem quasi-contractus, quia duntaxat improprie contractus eſt, quoniam in quasi-contractu voluntas, neque expreſſe, ne-

que tacite concurrat; ſed unius tantummodo actus, ſive factum, ſæpè altero id ignorante, ut hic non contrahatur re ipſa, & veritate, ſed præſumptive ſiſtione juri contractus intervenſſe cenſetur, Jura enim hominis factum ſupplent, & inter unam partem conſentiunt, præſumendo neminem eſſe tam ſtultum qui etiam abſens & ignorans non velit conditionem ſuam meliorem fieri. *Schmid. hic.* Ex dictis quaſi contractuum paucis inellegantè definire poſſis, quod ſit præſumpta conventio, ex qua, ob factum aliquod naſcitur obligatio, *Giesle. Inſt. hic.* Dicitur autem præſumpta conventio, ut diſſerat à vero contractu, ubi expreſſus nariusque conſenſus deſideratur. In quaſi autem contractu intervenit duntaxat tacitus conſenſus, quem Jura ob aliquam æquitatem naturalem ad eſſe præſumant: licet alterutrius conſenſus præſumitur, ignorans, aut etiam invitus exiſtat, l. 2. ff. de Neg. geſt. Ubi dicitur, hoc æquum eſſe, ut alter, cujus

ejus negotia gesta sunt, obligetur, *Schimb. lvc.* Quasi contractuum species VI. occurrunt, de quibus sequitur,

### §. I. I. T. U. R. I.

Prima obligationis ex quasi contractu species est, *Negotiorum Gestio*, quæ, ut clare intelligatur, figuremus hunc casum. Sempronius profectus est in longinquas regiones & reliquit domum suam penitus vacuum. Quæ cum vi ventorum, & injuria inbrum ita vexaretur, ut roinam, lapsumque minaretur, Titius, volens abscum salvare, domum reparat, tessla reficit.

*Quæstio est, an Sempronius Titum, ad refundendos sumptus obligatus sit?* Posset videri, quod non. Ratio dubitandi est, quia sine consensu nulla nascitur obligatio, *L. 1. §. ff. de Pact. cum tunc ergo Sempronius non consenserit, sed ignorans fixa, quomodo potest obligari?* Deinde culpa esse in se esse rei alienæ, ergo danum, quod lenit, propriæ culpæ lenit, quod lenire non videtur, *L. 203. ff. de R. J.*

Hæc tamen non obstante &. Sempronium ex quasi contractu negotia gerendi obligari, *Text. in.* Ratio est in *textu*, ne absentium, qui subita iestuatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregræ profecti esse, deseruntur negotia, quæ sanè nemo cumsumturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

*Ad Argumenta contraria &c.* saltem ad esse consensum ex præsumptione legis, quem propter utilitatem, ne negotia aliena de crederentur, intervenisse præsumunt. Deinde culpa Negotiorum gestor non potest obijci, eo, quod obijcentis conditionem reddiderit meliorem. *Mantz. n. 6. Et 7. & regula illa, quod culpa sit rei alienæ se inmiscere, pro-*

cedat tunc, si quis intendat utilitatem propriam, *Schimb. lvc.*

Ex dictis facile colliges, quod Negotiorum gestio sit quasi contractus, quo quis alterius absens, & ignorans negotia sine Mandato utiliter gerit, *Harp. n. 4.*

Diximus I. *absentis*, quia mandare censetur, qui præsens patitur, alium sua negotia gerere, *L. 18. ff. Mandat.* Et ideo Mandati potius, quam Negotiorum gestorum actio inur præsens competat.

Diximus II. *ignorantis*, quia, sicut is, qui præsens est, ita quoque ille, licet absens sit, nihilo minus tamen sciens patitur, suum negotium geri, mandare censetur, *Mantz. nov. 13.*

Dixi III. sine mandato. Quibus verbis differentia specificæ Negotiorum gestionis, ac Mandati continetur. Si quis enim negotia alterius ex Mandato ipsius gesserit, Mandatum erit, sicque verus contractus. Si vero contra Mandatum gesserit; negotiorum gestio atque ita quasi contractus erit, *L. 1. ff. de O. Et A. Harp. n. 29.*

Dixi IV. & ultimo *utiliter gerit*, quia ad hoc, ut repetitio sumptuum locum habeat, necesse est, ut alterius negotia utiliter geratur, vel utiliter saltem incipiantur, licet effectum gestio non habuerit, veluti si Medicus curaret absentis copusdam filium, & is nihilominus moreretur, Medico actio Negotiorum gestorum contra patrem competere, *L. 10. §. 1. ff. Mandat.* nec enim semper est in Medico, relevetur ut & gerit, *Schmid. n. 9.* Utiliter porro, negotium gestum esse, dicitur, quando dominus idem erat facturus, quia erat impar impensis. Nam tunc actio Negotiorum gestori non datur, si ve ignoret, *Sed an ultro §. 1. ff. Mand. Schmid. cod.*

Idem est, si voluisset tantum casu, negotium gerat; tunc enim, ad sumptus repetendos, actionem non habet, l. 26. ff. de Negot. gest. Manz. n. 20. Ratio, quia debet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset, l. infundo 38. ff. de R. P. Sanè, in universum (puto) determinari non posse, quando negotium utiliter gestum esse, dicatur, sed id discreti Judicis arbitrio relinquendum erit, quemadmodum docet Manz. n. 21. Vidimus quid sit Negotiorum gestio sequitur quæ ex ea nascantur actiones. Quarum duæ occurrunt, directa & contraria. Directa est actio praetoria, personalis, bona fidei, competens ei, cuius negotia gesta sunt, ejusque heredibus adversus Negotiorum gestorem, ad rationes negotii gesti redditas & si quid ab eo cu pace ejus commissum, vel amissum est, id praestet.

Contraria vero actio datur contra Negotiorum gestori adversus dominum, ejusque heredes, ut, si quid sibi ratione administrationis vel adin, vel abstinuerum sit, sibi praestet. & se indemnem servet, ne officium suum sit tibi danosum Schamb. hic. Naturam harum actionum in Lib. IV. fusius explicabimus. Sufficiat ergo, hanc obiter non nihil perstrinxisse.

#### ADVERSUS QUO CASU:

Quæritur in hoc, & quam culpam Negotiorum gestor praestare teneatur? Ut hæc questio radius, & splendore nitent claritas, certæ ab incertis, & clara ab obscuris discernenda sunt, quod, ut obtingimus, juvat causæ processisse. Itaque

Prima fronte videtur dicendum, quod non nisi de dolo, & lata culpa teneatur, quia totum negotium solus dominus utilitatem respicit, sicuti ergo Deposita-

rum tantum præstat, ita idem dicendum videtur de Negotiorum gestore.

Verum, hinc non attendo, sine allocatione inter DD. obinet, quod Negotiorum gestor præstat etiam levem culpam, l. 20. Cod. de Neg. gest. cum enim sponte negotium istius ingesset, videtur, promittere diligentiam, id est culpam & em, l. 23. ff. de R. J. Schamb. hic.

Inter illud quoque sine concertatione procedit, quod Negotiorum gestores tantum dolum & latam culpam præstat, si negotia deferta accesserint, l. 1. §. interdictum ff. de Neg. Schamb. §. 28. de ad. n. 10.

Denique & illud indubitatum est, quod gestor levissimam culpam præstat, quando alius adhiit, qui negotia diligentius administraverunt fuisset, text. hic. Schamb. & alii ibi. & cit.

Ad rationem dubitanti ex regula generali, supra de commodato posita, eam procedere in contrariis, non tam quasi contrariis. Nam, etiam in administratione interit utilitas tota ad populum pertinet, & tamen nitor de dolo, lata, ac levi culpa teneatur, l. 7. Cod. de R. tut. Manz. n. 34.

Dicta promde sine liguin procedunt. Sed controversitur an indistinctè, etiam extra casum, quo alius negotia diligentius administratores fuisset. Negotiorum gestor teneatur præstare levissimam culpam, sum non pauci Auctores, qui gestorem, ad levissimam quoque culpam præstandam, adstringunt. Quos inter agmen ducit, Huon. ad Treuch vol. 1. Diff. 10. ib. §. Quest. 19. Harp. hic. num. 32.

Argumentum I. producit ex l. 24. Cod. de usuris. ubi dicitur, quod omnis culpa à negotiorum gestore præstari debet, ergo & levissima, cum in, qui omnia dicit, nihil excludat.

II. Depromunt ex L. 21. *Cod. Mand.* ubi *Constantinus Imperator* rescribit, in administratione alienorum negotiorum nihil quidquam neglectum, ac declinationem culpæ vacuum esse: neque Negotiorum gestorem aliena negotia gerere in confesso est; sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit, ac deſinaverit, culpā haud vacuus sit, ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Sunt adhuc plura argumenta quæ pro hac sententia adducunt: at possis illa sola indignatione enervare, aliud enim non merentur. Itaque,

His non obstantibus, placet, quod Negotiorum gestor regulariter tantum præſtet culpam levem. Ita *Aruna. exercit. 15. th. 11. Zoes. ff. de Neg. num. 8.*

Pro hac sententia *Facit. I. l. 20. Cod. Mand.* ubi tantum mentio culpæ lata, & levis, non etiam levissima; ergo ad hanc non tenetur, inclusio enim unius est exclusio alterius.

*Facit II. l. 11. Si Negotia ff. de Neg. gest.* his verbis: *Qui negotia aliena gerit, & bonam Fidem, & exactam diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, præſtare debet. En exactam* (ait Imperator) *non exactissimam.*

*Facit III.* efficacissima ratio; enim verò, quæ causa fuit, introducendæ actionis Negotiorum? numquid, ne absentium negotia deſererentur? at, ain, si exigatur à gestore levissimæ culpæ præſtatio, quia adeò ſupius erit, ut negotia aliena gerat, cum is deberet majorem, quàm diligens Pater familias ſuis rebus adhibet, diligentiam impendere?

Ad I. 22. omnem diligentiam in d. l. si Mater 24. non pro exactissima diligentia (quæ levissima culpæ opponitur sed pro exacta accipi, & pro ea, quam

*Res ad Infinitum*

Negotiorum gestio requirit. Hoc vel ex eo verosimile est, quod levissimæ culpæ, quæ culpa penè non est, rarò in libris Juris nostri mentio fiat. Vel, *postea* (non tamen *consequens*) sub omni culpa levissimam includit: non tamen improbabiliſſe dixerit, textum loqui de casu, ubi alius, negotia diligentius gesturus se Negotiorum gestioni obtulit. Cujus rei conjectura oritur ex eo, quod in d. l. Si Mater proponatur, gessisse negotia, matrem, cum qua & alii concurrebant, qui se gestione offerrebant. Sed, quia Mater, pietatis neceſſitudine ducta propensiore animo liberos, eorumque negotia proſequitur, meritò aliis præſertur; meritò itidem se ad levissimam culpam obstringit. Ita, *Aruna loc. cit.*

Ad II. 22. d. l. 21. non de gestione negotiorum loqui, sed de mandato, in quo pro diverſitate utilitatis, cujus ſcilicet gratià contractum est, nonnunquam lata tantum, nonnunquam levis, nonnunquam levissima præſtatur. Ut argumentum à Mandato ad Negotiorum gestionem neutiquam procedat.

### §. TUTORES. 2.

Secunda species Quasi contractus recensetur Tutela Administratio. Ratio, cur Tutela, seu administratio tutelæ sit quasi-Contractus, hæc redditur, quia verus Contractus requirit aliquod negotium (puta *Conventionem inter partes*) aut, inter tutorem, & pupillum nihil actum, nihil tractatum *Text. hic.* Ratio alia, quia omnis verus contractus est voluntarius, l. 5. C. de O. & A. sed tutela non est voluntaria, quia tutor datur pupillo ignoranti, & invito, l. 6. ff. de Tut. & carat. dist. & invicem cogitur quis tutor esse, l. 1. ff. de Administr. tut. Tutela enim est munus publicum l. 9. ff. de huius, qui sunt sui, vel alieni

Y y y

*aliens Jur. ad publica autem munera potest quis invitatus cogi, arg. l. 1. ff. de muner. Et bonor. Harp. n. 2.*

Ex tutelae administratione nascuntur duae actiones, *directa Et contraria*. Directa est *crisis personalis, bona fidei, competentis pupillo usque heredibus contra tutorem, ut rationes administrationis reddat, Et praestet, quod sibi abest, vel ab futurum est, ob ejus culpam, etiam levem*. Dico *le. em.* ratio est in favore pupilli posita. *l. 23. ff. de R. J.*

Contraria verò datur tutori, ejusque heredibus contra pupillum, & heredes, ut se indemnem servet, impensas, factas restituat, & si se pro pupillo obligaverit, debitum solvendo liberet, & exsolvat. *l. 1. ff. de contrar. tutel. n. Schamb. hoc.* Ratio, quare tutori applicetur actio contraria, est, ne officium illi suum sit damnosum. *l. 1. ff. de contrar. tutel. act.*

Dices: Quomodo datur actio contra pupillum; cum tamen pupillus sine Auctoritate Tutoris non possit obligari? Resp. pupillum obligari ex lege, lex enim ipsum obligationi subijcit.

#### §. ITEM, SI INTER. 3.

- 6 Tertia Quasi - Contractus species est *Res Communio*, dum scilicet duo, vel plures rem quampiam sine Societate communem habent, puta, quia duobus eadem res est legata, vel donata, hoc est, potest, & solet contingere ut unus ex eis solus percipiat fructus, vel solus faciat expensas, quo casu ex quasi contractu sibi obligati sunt, ut alter pro rata alteri fructus praestet vel expensas pro rata, refundat; res enim communis non debet uni soli esse lucro nec damno, *l. 6. ff. h. r.*

Dixi sine Societate, quia, si res sit communis ex contractu Societatis,

tunc dabitur actio pro Socio, pro lucris, & damnis communicandis. Vides, in quo differat Societas à communione: nimirum in hoc, quod Societas expressam conventionem requirat; communio verò sine voluntate, & consensu contrahatur.

Datur ex hoc quasi - Contractu actio communi dividendo, quae utrinque *directa est, competentis ei, qui rem cum altero communem absque Societate habet adversum eum, cum quo habet, ut res aequaliter dividatur*. Dicitur *utrinque directa*, quia utrumque aequè principaliter respicit, & uterque actoris, & r. i partes sustinet; habetur tamen pro actore, qui provocat, *l. 2. ff. b. s.*

#### §. IDEM JURIS. 4.

Quarta species quasi contractus est 7 *Hereditatis Communio*. Quando videlicet ad duos, vel plures eadem hereditas pertinet. Differt à rei communione, quòd in illa res universalis, in hac res singularis cum altero sit communis. Eodem tamen modo, sicuti in rei communione, ratione fructuum, & expensarum, unus alteri quasi ex contractu obligatus est. Nescitur exinde actio *fam ha heres cunde*, id est, hereditatis dividendae, hereditas enim nomine famulæ, & dividere verbo heriscere hic venit. De hac actione nolo hic agere, sed ejus explicationem ad propriam usque seorsum remitto, videlicet, §. 20. *infra de Act.*

#### §. HERES QUOQUE. 5.

Quinta species quasi Contractus enaturatur *Actio hereditatis*, dum enim qui hereditatem alterius adit, obligatur hic Legatarius, & Fidei Commisarius non ex contractu, cum non concurrat utriusque consensus, potest enim & heres ignorare,

ignorare, an l. & cui, & alter etiam ignorare, quod sibi legatum relictum sit. Obligatur ergo ex quasi contractu, quia adeundo agnoscit, & tacite dicit quod voluntatem defuncti adimplere velit. Unde, & Legatariis, & Fidei-Commisariis datur actio personalis ex testamento, quæ hæredem, ad sibi præstandum, quod debet, compellere possunt.

Dices, Creditoribus defuncti tenetur hæres ex vero contractu, ergo etiam Legatariis. *Resp. conc. ant. neg. confeq.* quia Creditores inter & defunctum intervenit verus contractus, ut hæres, tamquam illius personam representans, eidem contractui satisfacere teneatur, respectu legatariorum verò, neque cum hærede, neque cum defuncto negotium, vel contractus intercessit, *Schamb. luc.*

#### §. ITEM IIA. 6.

9 Sexta quasi-contractus species est *Indebiti Solutio*. Quando enim quis per errorem alteri solvit quod non debuit, & alter per errorem etiam accepit, tunc ad restitutionem accepit, quasi ex contractu obligatus videtur, l. §. 3. ff. de O. & A. nemo enim debet cum alterius jactura locupletari. Ex hoc quasi-contractu nascitur conditio Indebiti, de qua latè disseruimus *supra* §. 1. tit. quibus modis re contrah. oblig.

#### §. EX QUIRITUDAM. 7. ET ULT.

10 In *superiori* §. *Regulam* posuimus istam, repeti potest, quod indebitè per errorem solutum est. Hic ponitur ad regulam *Exceptio*, ut videlicet ex his causis indebitè solutum, repeti non possit, ex quibus iniiciendo lis crescit.

Dicitur autem lis iniiciendo crescere in his Causis, in quibus quis propter ini-  
 ciationem vel negationem condemna-

tur in duplum. In *exemplo*: aliquis mihi damnum dedit, v. g. *refes maculavit, vel laceravit*, hoc in casu, si reus fateatur culpam, condemnatur ex *Lego Aquilia in simplum* domini dati. Si verò neget, se dedisse damnum, & postea convincatur, condemnatur in duplum. Quod inducitur est in *primum paragraphum*.

Aliud *exemplum*: si quis tempore *incendi, ruæ, perfragni*, & c. alius aliquis aquilæ arietem deposuit, eo, postea deperit, & repetitur, depositarius rem deposuit simpliciter, sine simplum restituere, constringitur, quanto fateatur: si verò inficiatur, & convincatur tunc, præter rem depositam, tenetur etiam solvitas rei depositæ & portum restituere, l. 1. ff. de incendi. ruinis, & naufrag. *Manc. nov. 4. §. 7.*

Idem etiam notandum quod hodie *impando* lis tantum crescat in legatis piis, quæ v. g. relictæ sunt *Ecclesiis* & ceteris *venerabilibus locis*; ita, ut negans tale legatum condemnatur in duplum. Jam his positis, facillè poterit intelligi *exceptio* §. *nostri*, videlicet ex quibus causis iniiciendo lis crescit, ex his causis indebitum solum non repetitur. In *exemplo*: Titius convenit me ex lege Aquilia quasi ipsi damnum dedissem, quod æstimat 20. fl. quia igitur incertus sum, vel dubito, utrum ego vel aliquis alius damnum dederit? idcirco, ne ob negationem contingat, me condemnari in duplum, solvo 20. fl. postea apparet, non à me sed ab alio Titium fuisse damnificatum. *Quæstio* est, an possim 20. fl. à Titio repetere? *Res. Negatur*, quia ex quibus causis iniiciendo lis crescit; indebitè solutum repeti non potest. *Ratio rationis*, quia videor tacite transigisse cum Titio. Ex causa autem transactionis solum, ut indebitum, repeti non potest, cum ipsa transactio sic



iusta debitionis causa. *Manz. n. 15.* Vides, quod tota res in præsumpta transactione posita sit, quæ, si causa semel sopita sit, resuscitari non amplius debet.

NB. Si transactio tacita rescindi non possit, ubi nihil prorsus debetur, multo minus expressa, si quis enormiter, sive ultra dimidium iusti lædatur, rescindi poterit. *Manz. loc. cit.*

Exemplum aliud: Prælati quidam instituit contra me actionem ex testamento, quasi Parens meus defunctus Monasterio, ipsius reliquisset, legati nomine, 100. fl. Ego, putans, vel dubitans, legatos esse, metu incurrendi duplum ob inficiationem, solvo 100. fl.

Hoc in casu, si postea appareat, à Patre meo legatum non esse relictum, nulla mihi repetitio datur. Ratio tum in favore pios causæ, tum in præsumpta transactione posita est. *Manz. n. 16.*

Illud non ignorandum, ad hoc, ut decisioni huius §. locus sit, requiri, a qua ut subsit causa, scilicet *damnum datum*; licet fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter fuisse aliquid eo tempore depositum, licet, non apud hunc, sed alium. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum vel depositum, puto locum esse repetitioni. *Schamb. hic.*

## TITULUS XXIX.

## PER QUAS PERSONAS NOBIS

## OBLIGATIO ACQUIRITUR.

## SUMMARIA.

- 1 *Possessio acquiritur per Liberos nostros, & servos.*
- 2 *Quod procedit de servo, bona fide Possesso.*
- 3 *Et etiam servo communi.*

1 **A**ctum est de Contractibus; & quasi, ex quibus obligationes nascuntur; sequitur, per quas personas nobis obligatio acquiratur. Acquiratur autem nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed etiam per Liberos, & servos, nostræ potestati subiectos. Estque ratio, quia per liberos nostros, & servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non item, ac proinde acquirere nobis possunt, alienare nostra non possunt. *Ilaz. n. 3.*

Ea tamen inter servos, & liberos differentia est, quod, Servi quidquid acquirunt, totum, & omne nostrum fiat. Liberi autem secundum distinctionem pecuniarum, parentibus acquirant. Nam si obligatio respiciat peculium *castrense*, & *quasi tale*, tota obligatio in filiosam, si *profectum*, tota patri, si *adventitium*, quoad usumfructum Patri, quoad proprietatem filio acquiratur. Pater tamen semper respectu adventitii, & profectui, actionem intendat, quia adventitii legitimus administrator est, *Schamb. & Manz. hic.*

## §. ITEM I!

Liberi homines, vel servi alieni, 2 bona fide à nobis, vel, ut liberi, vel ut servi nostri possessi, quamcunque obligatio-

obligationem, ex re nostra, vel operis suis proveniente, habent, eam quaerunt possidenti, quali ex re eius, cui serviunt. Et hoc ipso ex re bonae fidei possessoris acquisitio fieri intelligitur propter alimenta, quae ei prestare debet, à quo percipit operas. Et sic compensatur illud cum alimentis. Nam, sicut alias solemus dicere, qui non laborat, non manducat. Ita quoque possumus hinc asseverare: cum quo quis manducat, cum eo quoque laboret; & cum quo communicamus in Mensa, eundem communicamus & operam; quod enim ex re nostra sit, nostrum est.

## §. P E R E U M. 2.

Sicut per servum proprium, ita quoque per usufructuarium nobis acquiritur obligatio, quam aliis proprietario acquireret. Idem de servo usurario procedit, ut & isto acquirat usurario, pro modo scilicet necessitatis, & indigentiae.

## §. C U M. 3. E T U L T.

Sicut servus communis res, ita & obligationes (regulariter) pro rata domini acquirat suo domino. De quo vide §. *hinc. supra de stipul. serv.* Ego huic materiae non puto insistendum, cum utilitate careat.

## T I T U L U S X X X.

## QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

## S U M M A R I A.

- 1 *Solutio quid sit?*
- 2 *Particularis Solutio invito creditori non potest fieri.*
- 3 *Nisi de ea occursum sit.*
- 4 *Solutio debet fieri legitime tempore, loco, modo, & causa.*
- 5 *Quis possit solvere?* 6. *Et qui possit solvi?*
- 7 *Quis sit effectus Solutionis?*
- 8 *Solutio in quam causam imputanda?*
- 9 *Acceptilatio quid sit?*
- 10 *Item quid Novatio, & quotuplex?*
- 11 *An obligatio pupilli novari possit?*
- 12 *An Novatio fiat, quando non persona, sed causa debendi mutatur?*
- 13 *Qua sint requisita Novationis?*
- 14 *Delegatio quid sit?*
- 15 *Quomodo mutuo consensu tollatur obligatio?*
- 16 *Quomodo compensatione?*

17 *Redditio chirographi facit tolli obligationem.*

## C O N T I N U A T I O.

**H**actenus dispeximus, quomodo contrahantur, superest, ut agamus, quomodo solvantur obligationes? Solvuntur autem praecipue quatuor modis I. *Solutione.* II. *Acceptilatione.* III. *Novatione.* IV. *Mutuo consensu.*

## A D P R I N C I P I U M.

Primus Modus solvendae obligationis, est *Solutio*. Vox solutionis modo latius, modo strictius sumitur. Latius accepta significat quamcumque satisfactionem legitimam, & liberationem debitoris, siue ea per acceptilationem, & ultroneam remissionem Creditoris: siue per delegationem alterius debitoris; siue per quemcumque alium modum fiat, l. 54. ff. de Solut. l. 176. ff. de V. S. Reticus

cius sumpta denotat eam tantum satisfactionem, quæ contingit per veram debitæ præstationem, quo in sensu solutio accuratè definitur, quod et eius, quod debetur, realit, legitime facta, præstatio. Harp. n. 6. live, est *alluab* Et numeralis pecunia, vel alterius rei debite adnumeratio, præstatio. Mart. n. 2. Et, cum hæc materia *fiens* sit, & perquam utilis, idèo paulo libentius discutietur, quod commodè sic fieri poterit, ut I. videamus, qui I. & quomodo solvendum sit? II. qua forma? III. à quo? IV. cui? & V. quis sit effectus Solutionis?

Primum proinde quod attinet, dico, quòd id solvendum sit, quod debetur; invito enim Creditori alud pro alio solvi non potest, l. 2. §. 1. ff. de R. C. Ut, si cui debeatur pretium, vel pecunia, ei nolenti species, vel corpus (puta, equum, fundus, domus, poculum, &c.) solvi nequit, cum aliud sit res, aliud pretium, l. 1. ff. de ver. signis. l. 88. ff. de V. S. quò facit illud Seneca: æquissima (inquit) vox est, & Jus gentium præferens, reddere quod debes. Harp. n. 7. P. Konig. de solut. n. 15.

Quæres, num totum quod debetur, solvendum sit? an vero particulari solutio invito Creditori fieri possit? R. particularem solutionem invito creditori fieri non posse. Ita Harp. n. 146. tit. quib. mod. re contrah. oblig. ad Princip. Mart. n. 7. hic. Fach. lib. 10. cap. 59. finè Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 29. ib. 2. lit. B. Engel de solut. n. 4. Konig. ibid. n. 21. Gomz var. Resolut. lib. 2. cap. 10. n. 5. Gail. lib. 2. observat. 19. n. 7. Ex hæc Sententia adeò vera, adeò frequens, adeò iusta est, ut capere nequeam, quæ tenebræ Huius mentem, ingeniumque obfuscaverint? ut in sua var. resolut. lib. 3. tract. 3. part. 1. quæst. 11. se rebel-

lem exhibeat, fundamentis instructus adeò frivolus, ut visum potius, quam solutionis usum mereantur.

Probatum autem nostra Sententia ex regula universalis, quòd aliud pro alio creditori solvi non possit d. l. 2. §. 1. ff. de R. C. & alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat, l. 155. de R. J. at creditori, si particularem solutionem recipere teneretur, inferretur iniqua conditio, quia particularis solutio (Teste ipso J. Cto m. l. 3. ff. sum. heres.) maxima, & plurima damna secum trahit; eò quòd pecunia, minutim accepta facillè consumatur, aut dispergatur.

Roboratur hæc Sententia ex *validiss.* text. l. 41. §. 1. ff. de Usur. Ubi quaritur, an Lucius Titius, qui debitor erat 100. fl. & usurarum aliquanti temporis; cum obsignaveris, & apud Judicem deposueris minorem pecunie summam, quam debebat; an (inquam) saltem respectu quantitatis, & summæ depositæ usurarum cursus retardetur? & Respond. negativè hunc in modum: si non hac lege unita pecunia data est, ut liceret, & particularitè, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totus debiti usurarum præstationem. Jam aures præbe, nunquid depositio pecuniæ debite ceteroquin tantum operatur, quantum solutio; at depositio partis non liberat debitorem; ergò neque solutio partis.

Hæc tamen Sententia suas etiam patitur Exceptiones, in quibus solutione argumentorum adversentium, veluti speculo, refulcent. I. Si Creditor ultrò admittat particularem solutionem, quòd refertur §. 1. inst. quib. mod. re contrah. oblig. Ubi in hæc verba rescribitur: quod debetur, pro parte rectè solvitur (intellige, creditori volenti) non etiam invito.

II. Si aliter in debitorem, & creditorem conventum sit *d. l. 41. §. 1. ff. de Usur.* Hoc autem, conventum est, praesumitur si solutio promissa sit in duobus locis copulative, v. g. *Ephesi. & Capuae. l. 1. §. 4. ff. de eo, quod cert. no.*

III. Si favor libertatis hoc suadeat, quod pertinet *l. 4. §. 6. ff. de stat. lib.*

I V. Si tantum per partes creditum sit, tunc enim etiam per partes recto solvitur, quia obligatio non eo modo distrahi potest, quo contracta est, *l. 25 de R. J. de qua tamen, exceptione vehementer dubito.*

V. Si ex diversis causis debeatur, v. g. 100. ex *mutuo*, 100. ex *empto*. &c. tunc enim, cum diversa sint debita, unum sine altero potest exsolvi, etiam invito Creditori, *l. 1. Cod. de solut. Engel. loc. cit. & Kong. n. 22. Harp. n. 183.*

VI. & ultimo, si debitum ex una parte sit liquidum, vel confessum, non ex alia, tunc enim Creditor cogitur, accipere partem liquidum, aut confessam debiti, donec de altera parte constet, utrum vere debita sit, nec ne? *arg. l. 21 ff. de R. C. & l. 8. ff. si part. hered. petat. Brunneum. m. l. 9. Cod. de solut. plura argumenta contraria enodat. Harp. loc. cit.*

4 Vidimus, quid & quantum solvendum sit? sequitur de forma solutionis, quae in eo potissimum consistit, ut solutio fiat *legitimo tempore, loco, modo, & causa.* De quibus in ordine.

*Tempus* quod attinet, illud metiendum venit ex qualitate obligat. omis, haec enim vel est *pura*, vel est *conditionalis*, vel *in diem*. Si obligatio est *pura*, neque diem, neque conditionem habens, debitor confessum solvere tenetur, *§. 2. Inst. de V. O. l. 14. ff. de R. J.* Ratio, quia in obligatione *pura* statim cedit, & venit dies, *l. 23. ff. de V. S. Harp. Sn. 7.*

Sanè, dicta cum grano salis intelligas, necesse est; non enim eodem mox die, qua *mutuum* accepisti, ejus solutio facienda; sed tempus aliquod pro solutione arbitrio Judicis assignari debet, *l. 105. ff. de solut.* Ratio, quia alias tales contractus clusuri redderentur. *Engel. n. 6.* Si obligatio est *conditionalis*, solutio facienda est, conditione existente, quia tunc primum cedit, & venit dies, *conditionalia* enim ab existentia conditionis pendunt. *Confer. §. 4. Inst. de Verb. Oblig.* U ide, quod ante existentiam conditionis solutum est, quasi indebitum reperi potest, *l. 16. l. 18. l. 48. ff. de conduct. indebit. Harp. n. 16.*

Sanè, si debitum sit in diem contractum, puto ante diei adventum solutionem fieri posse ratio, quia in favorem debitoris adjectus esse, censetur, cui proinde renuntiare non prohibetur, *l. 38. §. 16. l. 137. §. 2. 2. ff. de V. O.* secus est, si dies in favorem, & commodum creditoris adjectus sit, *l. 15. ff. de annis legat. Zoef. ff. de solut. n. 31 Harp. ad princ. Inst. Quib. mo l. re contrab. oblig. n. 101. Engel. de solut. n. 6.*

*Locus* quod attinet, res ope distinctionum dirimenda. Vel enim certus locus solutioni adjectus est, vel non. Si certus locus solutioni adjectus sit, solvi debet in loco convento, *l. 9. ff. de eo, quod cert. loc.* nec alibi à debitore peti potest, & si alibi creditor peteret locum plus petisse, diceretur, *l. 2. §. Si quis ff. eod.* Quod si debitor tergiversaretur ad locum, solutioni destinatum, venire, in alio etiam loco utiliter convenitur, *l. 1 ff. eod. Engel. n. 7. loc. cit.* Si certus locus solutioni adjectus non sit, tunc in loco contractus, aut domicilii solutio petenda. *Zoef. ff. de eo, quod cert. loc. n. 3. Harp. n. 18. hic.*

*Modum* quod attinet, is in eo versatur, ut perfectè, & plenè fiat solutio tam ratione rei solvendæ, quam ipsius Juris transferendi. *Harp. num. 19.*

*Causam* quod attinet, deoet solutio fieri ex illa causa, ex qua agitur, non ex alia. Hinc, si quis id, quod alterius causâ, solvere necesse habet, solvit nomine propriâ nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat. *l. 17. ff. de solut. l. 72. ff. de Jure Dos. Harp. n. 23.*

*Egimus de forma solutionis*; sequitur *quis possit solvere*? Potest autem solvere

I. Ipse debitor, habens liberam rerum suarum administrationem, qui hanc non habet, se solo non rectè solvit, *l. 1. l. 17. Cod. de solut.* Ratio, quia solutio est species alienationis, unde pupilli, qui Tutores: & Minores, aut Prodigii, qui Curatores habent, solvere non possunt sine horum Authoritate, & consensu. *Konig. de solut. n. 4. Harp. n. 24.* Sed quid, si pupillus: vel minor de factò solverit? Vide §. ult. *l. 9. Quib. alien. bees, &c.*

II. Solvere potest debitoris Procurator, & quidem non tantùm ille, cui solutio speciali Mandato commissâ est sed etiam Procurator universalis, qui instructus est Mandato universali cum liberat. *l. 58. l. 59. ff. de Procur. Konig. num. 5 Glott. part. 1. Sele. Quæst. 27. sub n. 3.*

III. Non tantùm ipse debitor, sed quicumque alius pro ipso, etiam ignorante, vel invito, solvere potest; atque ita eundem ipso Jure à debito liberare, *text. hic. in princ. l. 23. l. 40. l. 53. ff. de solut.* non enim interest Creditoris, a quo recipiat suum, modò recipiat. *Manz. n. 24. hic.* Ratio alia, quia naturalis simul, & Civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem (etiam ignorantis, & invito) nos facere

posse; deteriore non posse, *Konig. loc. cit. num. 6.* Id tamen observandum est; quod, qui solvit pro debitore sciente, ac volente, Actione Mandati, *l. 6. §. 2. ff. Mand.* qui pro ignorante actione Negotiorum gestorum, totum ab eo, pro quo solvit, reperere possit, *l. 43. ff. de Negot. gest.* Ille verò, qui pro debitore invito, vel contradicente solvit, careat omni actione, eò, quòd animo donandi alium deobligasse, videatur, *l. sol. Cod. de Negot. gest. Zoes. ff. de solut. n. 4. Konig. n. 6. Manz. n. 29. &c.*

*Dicitur* Invito non detur beneficium, *l. 156 ff. de R. J.* ergò pro invito solutio fieri non potest. *Resp. antea* solutio procelere, si respiciatur illius, cui beneficium confertur, solus favor; hic autem concurrat etiam interesse tertii, puta, Creditoris, *Harp. n. 33 Schamb. lib.*

*Discutimus*, qui possint solvere? sequitur, cui possit solvi? Rectè autem solvitur

I. Ipsi Creditori, qui rerum suarum habet administrationem, & quidem volenti, & invito, vel certè, si creditor solutionem, debito loco, & tempore factam, recipere nolit, poterit debitor eas pecunias Magistratui consignare, & ita debitore principali, & ab usuris imposterum liberatus erit, *l. 9. Cod. de solut. & ibi Brionem.*

II. Quod si Creditor rerum suarum administrationem non habeat, rectè ipsius tutori, vel Curatori solvitur, *l. 14. ff. b. s. t.* rectius tamen, & cautius Decretum, Authoritasque Judicis adhibetur; tunc enim debitor plenissimam liberationem consequitur, adeò, ut nec beneficium restitutionis in integrum locum habeat, utcumque pecunia soluta malè percat; cum aliâ Pupilli, & Minorennis ex causa etiam contra solutionem, sibi cum Authoritate Tutoris, &

& Curatoris; vel ipsi tutori; aut curatori factam, restituti item in integrum petere possint, §. ult. *Inst. quib. alien. licet. vel non* & l. 1. *Cod. si advers. solut. Konig. n. 11. de solut. Harp. n. 46. ubi last hac de re discurrit.*

III. Recte solvitur Procuratori creditoris, speciale, vel generale Mandatum habenti. *Harp. n. 60.*

*Effectus* Solutionis est, quod per eam omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit contracta, si e verbis, sive consensu. sive deique sit principalis, sive accessoria, (ut *responsa*, & *fide-jussoria*) ipsa Jure perimatur. Si igitur debitor solverit, non solum ipse liberatur, sed & fide-jussor, item pignora, & hypothecae, l. 43. ff. de solut. è contra, si solverit fide-jussor, etiam reus obligatione creditoris liberatur, *text. hic.* Dico *Creditoris*, quia debitor fide-jussori manet obligatus, §. 6. *sup. de fidejuss. H. p. n. 67.*

*Quaestio IV. In quale debitum solutio imputetur, si ex pluribus causis obligatus, aliqua in summam solvit, nihil exprimens, quam causam, seu debitum velit solvere?*

*Resp.* Intereffe, an debita sint paria, an disparia, si debita sunt disparia, (forte quoddam alia sint sub hypotheca, alia sine hypotheca; alia sub usuris, alia sine istis; alia sub poena, alia sine poena), tunc semper, in duriores causam solutione facta esse intelligitur, l. 1. l. 3. l. 97. l. 103. ff. de solut. cum enim tali casu in potestate debitoris sit, liberè determinare, in quodnam debitum velit solutionem imputare, l. 1. *Cod. eod.* semper in dubio praesumitur, facere id, quod sibi utilius est. *König. n. 31. Engel. n. 5.* Si debita sint cuncta paria, ex omnibus Summa, pro portione solum, videbitur, l. 8. ff. de solut. *Harp. n. 70.*

*Deinde procedunt, si utrumque debi-  
teer ad instituta.*

tum sit principale, nam, si alterum sit accessorium (puta, si libent aliquis mille ex Mutuo, & quingentos ex usuris, quas decem annis non solvit) si offerat quingentos; & tali casu censetur debitor solvere usuras, non capitale; quamvis enim debitori utilis foret, talem pecuniam ex capitali deducere, quando quidem hoc modo minuerentur usurae, cum usurae usurarum non debeantur, attamen de Jure quia in tali casu non est in potestate debitoris, sed Creditoris, in quam summam velit imputare, cum creditor iuste possit petere, solvi prius usuras, quam capitale, ideo non censetur id actum, quod debitori, sed quod Creditori utilis est, l. 1. §. 3. ff. de solut. l. 1. *Cod. eod. P. König. eod. n. 31.* & ita de Solutione te satiet; reliqua quae hoc titulo occurrunt, parum utilitatis habent.

## §. I T E M 1.

Secundus modus, & quidem Juris civilis, obligationem tollendi, est *Acceptilatio*, dicta à verbo *acceptum*, & supino latum, desumpta denominatione à forma, sub qua fit, quae est imaginaria solutio; seu (ut clarius loquar) quae est *conceptio verborum quibus interrogatus creditor, debitore congruit, & incontinenti responderet, se id, quod sibi deberet, acceptum ferre*, l. 1. ff. de t.

Dixi, esse modum tollendi obligationem, à Jure civili inductum, l. p. n. ff. de solut. ex quo sequitur, per eam obligationes alias, quam ex contractu, Jure civili introducto, provenientes, & verbis contractas, qualis est stipulatio, tolli non posse. Fit autem ista acceptilatio per interrogationem, & responsionem, v. g. *acceptilatio fers 100 Solidos, quos tibi debeo; si Creditor respondet, acceptos fero, sublata est omnis obligatio, S. Hamb. lre.*

## §. EST AUTEM. 2.

Dictum, quod per acceptilationem nulla alia, quam verborum obligatio, tolli poterit. Verum, cum utne solet, ut & aliae obligationes hoc modo tollerentur, ideo *Ad hanc* hanc modum praescribit, ut prout obligatio in stipulationem transmutetur, & ubi transmutata fuerit, per se per acceptilationem tollitur. In *Exemplo*: debis mihi 100. ex Mutuo. Hinc obligationem realem transmutas in stipulationem, hoc modo: promittitur mihi 100. quia mihi ex Mutuo debes? si responderis: Promitto. Sic teneris mihi ex stipulatione, si jam ex possessio me inverteges, acceptosne fers illos 100 & ego respondeam, acceptos fero. Ios. iure sublata est obligatio. *Perez. l. i. h. c.*

## §. PRÆTEREA. 3.

Tertius modus tollendae obligationis, est *Novatio*, quae nihil est aliud quam prioris obligationis in aliam obligationem translatio, atque translatio, *l. 1. ff. de novat.* Fit duobus modis. I. cum mutatur, & novatur persona debitoris. In *exemplo* Sejus mihi debet ex Mutuo: quoniam vero timeo, ipsum mihi satisfacere nolle, accedo Titium, ejus amicum, & in hunc modum interrogo: Titii, promittisne solvere illos centum, quos mihi Sejus debet? si respondeat: promitto, solvitur obligatio, quoad Sejum; & nova constituitur quoad Titium. Vides modum quare haec promissio dicatur novatio? quia videtur novatur persona debitoris, sive novus constituitur debitor. *Manz. n. 5.* Illud non refert, quoniam praecesserit obligatio, naturalis, aut civilis, sive re, sive literis, sive verbis, sive consensu contracta; omnis enim obligatio verbis novari potest,

*l. 1. §. fin. ff. de novat.* Non solum Juris civilis obligatio, sed etiam Juris gentium. Et in hoc differt ab acceptilatione, atque ratio diverfitatis, quia natura acceptilationis est, radicatus tollere obligationem, quae cum sit introducta à Jure civili, non potest tollere obligationem, causatam à Jure gentium, sed natura novationis est, non penitus, & radicatus obligatorem tollere, sed illum potius in aliam transfundere, non nimirum promittere; si obligationes Juris gentium tollantur per novationem, non etiam acceptilationem, cum facilius aliquid transferatur in aliam speciem, quam in totum perimatur. *Schuetz. d. num. 5.*

## AD VERS. ADEO.

*Dispositio ampliantur*; ut etiam prior obligatio tollatur, & debitor liberetur; licet obligatio posterior sit nulla, v. g. si id, quod Sejus mihi debet, à Titio pupilo sine Tutoris sui Auctoritate stipulatus sum, hoc in casu, etiamsi maxime promiserit; tamen posterior obligatio in persona pupilli vana, inutilis est, quia pupillus absque consensu, & Auctoritate tutoris sic obligari non potest. *Manz. n. 15.* Ratio autem, quare liberetur prior debitor, est, quia actus eodem modo valere debet, quo potest. *l. 80. ff. de V. O.* & si id, quod ago, non valeat, ut ago; valeat saltem, ut valere potest. Neque ea propter mihi creditor sit injuria. Nam, vel scivi, pupillum obligari, vel nescivi; si scivi, mihi imputare debeo, quod cum eo novatione usus sim. Si nescivi, non excusor, quia est ignorantia Juris, quae neminem excusat. Si denique erravi in facto, & putabam, eum esse aduatum, adhuc non sum excusatus, quia, qui contrahit cum alio, ejus conditionem ignorare non debet, *l. 19. ff. de R. J. Manz. n. 17.*

Dicitur:

*Dicitur* : Si servus, pro debitore se solutus coram, ipse se et, non fit novatio ; ergo neque, si pupillus promittat. *Resp. neg. conseq.* quia Servus personam non habet, l. 32 ff de R. J. debet autem subesse persona ; ut novatio fiat. *Sol. sub. hic.* Ratio alia, quia, ut novatio teneat, requiritur, ut sequens obligatio teneat, vel naturaliter, vel civiliter. Servus autem naturaliter non obligatur, *Schneid. n. 6.*

*Clamatur* : ergo, cum in personam pupilli novatio fiat, sequitur, quod pupillus (naturaliter scilicet) ubi getur, quod nos negavimus, *sup. tit. de Auctoritat. Tut. ad prin. Quest. 3. Vers. Resp.* Sed inanis est clamor, pius enim non sequitur, quam, si pupillum obligari naturaliter obligari ne ficta, non verâ. *Vid. loc. cit. & Glettle in auct. n. 7.*

AD VERS. SED, SI EADEM.

Secundò fit Novatio, quando eadem persona, quæ prius obligata erit, manet obligata, adeò, ut quando non mutatur persona, sed causa debendi, v. g. si, quod Titius mihi debet ex causa *Astuti*, deducam in *Stipulationem*. Vel, si in posteriori obligatione, ejusdem generis, quid novi sit, *dic. con. latione, sile jussor adjecit*, aut *detrahit*, v. g. si mihi prius promiseris 100. fl. in festo S. Michaelis solvendas & obligas te mihi nunc in præsens, &c. *Perez. hic.*

AD VERS. QUOD AUTEM.

Si obligationi puræ per Novationem Condicio adiciatur, talis Novatio non prius perficitur, quam conditio existerit. *Ratio*, quia condicionalis ex eventu conditionis pendet, *cap. 5. §. de condit. appof.* Quod si conditio præciterit, novatio nihil valet, & Prior obligatio inconcussa manet. Non enim præstitit impedimentum, quod de Jure non fortitur effectum, l. Non præstas. ff. de R. J. acta

autem sub constituta non fortitur effectum, nisi constituto exierit, l. 213. ff. eo. l. Manz. n. 30.

Ex dictis facile colliges, quæ sint Novationis requirita? Nimirum requiritur I. quod sequens obligatio teneat, aut civiliter, aut scilicet naturaliter. Si neutro modo tenet, vacillat, & inuisibilis est novatio, l. 1. §. 1. ff. de novat. II. ut fiat per stipulationem, *text. hic.* Nam, quando qui nudo pacto constituit, se soluturum, quod alius debet: non fit novatio, sed constitutum per quod non liberatur prior debitor, sed novus debitor priori obligationi adicitur, quæ tamen prior obligatio in suo vigore permanet, l. 28 ff de const. pec. Manz. n. 10. III. animus novandi. Circa quem discernendum Jus vetus a Jure novo. Jure veteri animus novandi ex variis conjecturis desumebatur, *text. hic.* Jure autem novo non aliter novatio inducitur, quam, si partes nominatim, & expresse proficiantur, quod animus novandi habeant. *S. luerd. n. 8.*

Porro, cum delegatio sit species novationis, & magnam cum ea affinitatem habeat, idcirco volumus etiam aliquid de ejus natura dicere. Delegare autem nihil est aliud, quam vice sua alium reum creditori dare, quod fit tunc, quando quis mandat debitori suo, ut pro eo solvat creditori ejus, ita, ne creditor consentiat, ac debitor per se sententiam stipulationem ei dabitur promittit. *H. m. mer seinem Glaubiger seine S. bolder verweist.* v. g. debet tibi 100. & vice versa, 100. mihi debet Titius. Ego Titium personam pro me tibi del. 20, cui & tu acquiescis, & Titius promittat solutionem. Requiritur autem I. ad delegationem, ut consentiat creditor meus, l. 16. Cod. de Sol. ut. Ratio, quia invitus nemo potest mutare debitorem suum, etiam magis idoneus offeratur, l. 45.

Z z z 2 §. Item



§. item ff. *Mund. II.* ut consentiat de-  
tor meus Ratio, quia nova obligatio  
confergitur, invitus autem nemo obliga-  
tur. In hoc dicitur delegatum a cessante,  
& Venditione non nisi a prioris *IV. un-  
amir emen Schuld-Brieff dem andern  
verkauft; oder ohne Schuld zu ein-  
ander übergeben.* Et in tali Cessione,  
aut venditione non requiritur ut cessans  
debitoris, sed venditor, & Cessus (etiam  
ignorante, & invito debitore meo)  
sit Ratio differentie, quia in Cessione,  
& Venditione non fit nova obli-  
gatio, ad v. 2. novus consensus non  
requiritur, sed tantummodo solutio, &  
exactio veteris debiti alteri mandatur.  
*Schneid. hic v. Querer Manz. n. 8.* ubi in-  
fert, quod si pro hac cautela habeat  
instructus talis et solutus admissus est:  
promitto solvere creditor, ejus hæc li-  
bus, & omnibus iustis, sine legumini-  
possessoribus hujus Chirographi, *allen  
achtmüssigen Inhaber deses Brieffes.*

#### §. Hoc amplius 4. ET ULT.

Quartus modus, tollendus obligatio-  
nis, est, *contraria voluntas*, seu *dissen-  
sus*, nihil enim est tam naturale, quam  
unum quoque eo modo dissolvi, quo  
colligatum est, *l. 35 ff. de R. J.* Ad  
hoc tamen, ut hæc conclusio proce-  
dat, requiritur, quod res sit integra.  
Unde: si vendita est res eaque tradita,  
15 aut pretium solutum est, non potest  
simpliciter contraria voluntate recedi a  
contractu emptionis; nisi interveniat  
actus, prioris similis, ita ut pretium  
restituatur, & ultra dissensum res ven-  
dita retro tradatur. Estque ratio in,  
*d. l. nihil damatur. 35. posita. Schneid.  
n. 2.* Ex quo sequitur, quod alie obli-  
gationes, quæ solo consensu non con-  
trahuntur, sed re *verumtutum*, vel *Ver-  
äu*, ut *Stipulatio*, sola contraria vo-

luntate non tollantur; sed debeat inter-  
venire actus, retro similis priori, v. g.  
in Mutuo retro traditio in stipulatione,  
ut obligatio in Aquilianam stipulationem  
transferatur; *ibid.* Sunt præterea præter  
recensitus, obligationes dissolvendi, mo-  
dos aliqui alii, de quibus breviter.

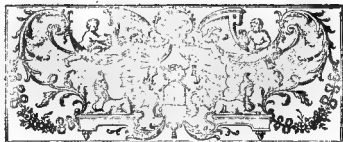
I. Est *compensatio*, quæ est, *de vi  
et crediti inter se contributio*, de hac  
specie agemus *infra §. 30 de AB.*

II. Modus est *Confusio*, si v. g. de-  
bitor suo creditor; vel Creditor suo de-  
bitori hæres existat, tunc enim con-  
funduntur ipsarum bona, & Jura, &  
dissolvuntur eorum obligationes. Ratio,  
quia hæres & defunctus censentur una  
eademque persona, & nemo potest sibi  
ipsum debere, §. 15 *Inst. de a9.*

III. Modus est *Interitus rei debita*,  
si enim res in specie fuit debita, noceat  
interitus creditoris, *l. 23. ff. de V. O. &  
§. 3. Inst. de Empt et vend.*

IV. Modus est *oblato reali rei debita*  
*cuius depositum, in loco debito*, puta, judi-  
cio, *l. 9. Cod. de solut. Schneid. hic. n. 1.* Di-  
co, *realis*, quia verbalis, quando quis di-  
cit, se paratum esse solvere, non sufficit;  
nec sinit usurarum cursum *Schneid. ibi.*

V. Modus est *Redditio Chirographi*.  
Nam creditor, restituendo debitori Chi-  
rographum, videtur facere pactum  
de non petendo, *l. 2. ff. de Pact.* Secus  
est in restitutione pignoris, quia credi-  
tor, restituendo pignus, non videtur  
remittere debitum. Ratio differentie, quia  
*Restitutio instrumenti* non potest importa-  
re aliam *Commoditatem*, quam *Remissio-  
nem debiti*, quod secus est in pignore *Sch-  
neid. n. 19. hic.* ex eo tamen non præsumi-  
tur liberatus debitor, quod instrumentum  
apud ipsum reperitur, sed debet instru-  
menti redditiem probare, nisi sit per-  
sona talis, quæ non est domestica, *l. 24  
ff. de probat. Schneid. loc. cit. in fin.*



# INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

## LIBER IV.

### TITULUS PRIMUS DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

#### SUMMARIÆ

- 1 Qualis oriatur Obligatio ex Delictis?
- 2 Quotuplicata sint Delicta?
3. 4. § Actiones penales quando transeant ad Hæredes, vel quando non transeant?
- 6 Definuntur Furtum.
7. 8. 9 10 Et 11. Explicatur Definitio.
- 12 Etymologia Furti unde ducatur?
- 13 Furtum aliud manifestum, aliud nec manifestum.
- 14 Furti pena Jure Ascripta.
- 15 Si Fur, rupid laqueo, decedat, an liberetur?
- 16 Judicium an à Collo, an à Pede suspendi debeat?
- 17 Usur, Et Possessionis quomodo committatur Furtum?
- 18 Liberi Hominis quomodo committatur Furtum?
- 19 Item, quomodo rei sua?
- 20 Opem ferens, vel Consilium præbens ad Furtum quomodo puniatur?
- 21 Filius an Patri dicatur Furtum facere?

- 22 *Quid sit? Etio sint?*  
 23 *Quid sit, ratione signum, an detur?*  
 24 *An situm?*  
 25 *An Depositarium?*  
 26 *An contra inpuberem competat?*  
 27 *Quid sit civiliter? Et quid criminaliter agere?*

## AD PRINCIPIMUM.

¶ Quandoquidem *Ordine*, & recta *Methodo* nihil vel pulchrius est vel preclarior, vel ad Usum accommodatius, Teste *Socrate* Accuramus enim *Ordo* tum ad *Rer*, de qua agitur, *Cognitum* & *Intelligentiam* quam plurimum conducit, tum *Memoriam*, exterioquin labilem, l. 44. ff. de acquir. vel amit. Poss. vehementer juxta, intromittatque (idecirco *Imperator* noster laudatissimus ipse *Rationem* subnectit, quare *Libro IV.* Materiam de *Obligationibus* ex *Delictis* subpiciat? ideo nimirum, quia omnis *Obligatio* descendit ex *Contractu*, vel *quasi-Contractu*, ex *Deicto*, vel *quasi-Delicto* *Dei*s, quæ ex *Contractu*, vel *quasi-Contractu* descendunt in *Libro III.* dispeximus. *Supere*st, ut de iis, quæ ex *Delicto*, vel *quasi-Delicto* oriuntur, agamus. Differunt autem in eo, quòd illa in quatuor genera dividantur, adòque *Re aut Verbis*, aut *Litteris*, aut *Consensu* contrahantur; hæc verò minus generis sunt, & omnes ex re, id est, ex ipso facto, live *delicto* nascuntur, *tex. h. c. & in l. 4. ff. de O. & A. Hyp. n. 10. h. c.*

¶ Q. I. *quid Obligatio ex Delictis oriatur?* R. utramque oritur, *naturalem*, & *civilem*. De *civili delicto* hucus non est, quoniam & nomine, & *Pœna* *Delictorum* à *Jure* contrahuntur esse, in consensu est, & *Delictum* continetur habere, omnes *Leges* illarum l. 51; §. 2. ff. ad *Lex. Aquil.* l. 13. de *Off. Praef.* l. 3. *Cod. de*

*Off. Praef.* l. 2. Ipso d. inde *Seneca* teste, *Delictum* non *Officium* est, si fiat *Juria* de criminalis, nec potest puniri *Victoria* moxius *D. n.* quam *Uoluntate* *Uile* *Judex* *Malefactorum* non debet concedere *Pœna*, petenti cum *Maritum*, l. *Servus* §. *Cod. ad l. Jul. de Vi Publ.* cum *solus* *Princeps* remittat *Pœnam*, l. 27. ff. de *Pau. Schmid. n. 3. h. c.* De *natura* *Obligatione*, num hæc ex *Delictis* oritur, non est dubitandum. *Ratio*, tametsi enim *Delinquens* in hoc consensit, ut *delictum* fiat; non tamen in hoc consentire videtur, ut ex *Maleficio* obligetur. Verum unò ore *DD.* struunt; ex de istis etiam *naturali* *Obligationem* oriri. *Jure* enim *naturali* ut quis obligetur, non semper *Consensu* opus est, cum *liberatur*, quod *naturalis* acquiritur id est *tunc* *S. c.* quod *Beneficium* accepit, *naturalis* *Equitas* ad hoc efficiendum obligatur; licet in hoc, ut obligetur *consensum* non sit, l. 25. *Cod. Int. ff. de post. Hered.* Quinimò, quis iniquando se ad *penam* delicti preiudicantem, obire intelligitur, eò quòd, cum *Antecedens* voluerit, *Consequens* simul etiam voluisse, censetur, l. 34. ff. de *Jure Fisci*. Non proinde attenditur, *consensus* in *Obligationem* ex *Delicto* actis, nec ne. Sufficit enim quam loque ad hoc, ut *Obligatio* in *natura* contrahatur, quod *naturis* *Equitas* id fundat, prout in nostro casu suadet, ut *Delictum* puniatur, ne *Societas* *humana* turbetur, l. 70 §. 5. ff. de *Fidejuss.* ubi dicitur. *Pœnas* ob *Maledicta* subire, magna ratio suadet. *Accedit*, quòd *naturalis* *Obligatio* ex *Sententia* *condemnatoria* oritur, licet *Condemnatus* non consentiret. *Judicium* enim in *Invitum* redditur. l. 83. §. 1. ff. de *U. O.* ex illa sci licet *Equitate* *natura*, quæ vult, *Magistratibus* obtemperandum esse l. 2. ff. de



tenetur, neque una harum actionum alteram consumit, *l. 27. ff. ad l. 1. Apul. l. 2. ff. de privas. delict. Harp. ad n. 34.*

- 5 Tertium principium est quod ex quocunque maleficio, sive privato, sive publico duplex Judicium nascatur, & agatur vel *civiliter*, vel *criminaliter*. Civiliter quis agere dicitur, quando illud, quod petitur, est parti applicandum, licet sit poena, & ex deo agatur. Quando verò ad poenam, fisco applicatur, agitur, licet sit poena pecuniaria, criminaliter agi dicitur. *Schneid. n. 8 hic.* aliter explicat *Manz. de injuriis. §. 10.* ubi ait, quod is dicatur criminaliter agere, qui petit, ut reus puniatur ex arbitrio Judicis corporaliter, vel, ut poena fisco inferatur, *Gail. t. Obs. 65. n. 2.* Illud tamen non ignorandum, quod una harum actio consumat alteram, *l. 56. §. 1. ff. de furt.* etque ratio, quod nemo debeat ob idem crimen duplici poena affici, *l. 14. ff. de accusat.* & cum utraque actio & civilis, & criminalis ad poenam, & vindictam tendat, Juris auctoritas sit, quod si plures actiones ad idem concurrant, una tantum exerceri possit, recte asseritur, quod una alteram absumat. Ita *Gail. d. loc. Harp. n. 43. hic. Hum. ad Treutl. vol. 2. disp. 30. Quest. 17. Manz. 10. §. Inst. de injuriis. 7.*

Dissentit *Gomez. var. 160. tom. 3. cap. 5. n. 4.* & quidem I. per I. ult. ff. de furt. ubi, postquam decum, quod quis criminaliter ex furto agere possit, haec verba subiunguntur: *non ideo tamen nullo, si quis velit, potest civiliter agere*; sed g. Juris Consuetum non velle, ut simul, & semel, sive cumulative, de furto agi possit, sed alternative, ut unus sit, quod quis non tantum criminaliter, sed civiliter ex furto agere possit. *Harp. d. loc.*

II, per *Aurb. sed novo Jure Cod. de servo. fugit.* sed g. quod illa constitutio de latrone specialiter concepta sit. Illi in antecessum praemissi, subintrat

### §. FURTUM. 1.

Definitur furtum, quod sit *contractatio fraudulosa, luctu faciendi gratia, vel ipsum rei vel etiam usum, possessionem, quod lege naturalis prohibitum est admittere, text. hic. addit: invito Domino, facta.*

Dicitur I. *Contractatio*, id est, rei alius ablatio, sive amotio de loco ad locum.

Unde sequitur I. Si quis ingrediatur in domum alienam animò furandi, quod fur non sit, nec furti poena affici debeat: ratio, quia non contractavit aliquid aut de loco ad locum amovit: ratio alia, quia delicta de assumpto actu, & subsequuto eventu intelligenda sunt, non secundum propositum tantum, *l. 225 ff. de V. S.* nam propositum, in mente rectorum nihil operatur, *l. 7. Cod. de condit. ob caus.* Ratio, quare poena furti affici non debeat, est; quia cognitionis poenam nemo patitur, *l. 18 ff. de Pen.* quia tamen talis ingressus est inalexempli, idcirco talis, saltem extra ordinem, puniendus. *Manz. n. 6.* Quod tamen certum est, à tali commisso furtum Theologicum, sive in foro poli, de qua sola animi intentio ad tribunal vocatur, *Exod. cap. 20. v. 17. Harp. n. 5.* Sanè, licet subintraret de loco ad locum non amoveretur, tamen committeretur furtum: sic, licet debitor non auferat instrumentum, sed tantum inter de egerit, furtum tamen committit, amovisse enim videtur, qui corrumpit, *l. 27. in fine ff. de furt.* *Schneid. hic n. 2.*

Sequitur II. *verum immobilium furtum non committi, quia moveri de loco in locum non possunt. Petz. Inst. hic.*

Sequitur

Sequitur III quod iussu in loco depositum, quis furcari non committit: ratio, quia non inficiatur sed Contractus furtum ponit; licet talis inficiatio prope furtum sit, ut ait, l. 67. §. de furt. Manz. n. 7.

8 Dicitur II. *Fraudulosa*, furtum enim sine dolo malo non fit, l. 50. §. 1. ff. eod. unde, si quis rem alienam auferat, putans suam esse, furtum non facit § 7 l. ff. h. t.

9 Dicitur III. *furti causa* unde, si quis rem abique aucti animo auferat, v. g. *furtum* & *furtum* non committit furtum, sed locum ad alud delictum, quod vocatur *damnum*, injuri datum, v. notatur ex *Leg. de vi*. Sic & furti non tenetur, qui libidinis causa, alienam Ancillam meretricem rapit: qui tabulas testamenti, aut alia instrumenta, occultandæ veritatis causa, amovet, l. 39 ff. de furt. l. 27. ff. eod. talis enim plagiarius l. 43. §. 4 ff. eod. & criminis tali committere dicitur, l. 16. §. ad leg. Corn. de f. §. l. ff. n. 24. §. n. 25. Manz. n. 14. Melichia enim propositum, & voluntas delinquens distinguunt, l. 53 ff. de furt.

10 Dicitur IV. *res ipsa rei* (puta, *corporealis*) incorporales enim res, cum tangi non possint, furtum non ponunt, oblationem, *Movens*, quia immobiles objectum furti non constituunt. *Actus*, rei enim suæ furtum non committitur.

Dicitur V. *res in usus*, potest enim fieri furtum usus. Sic depositarius utens re deposita, creditor re oppignorata, commodatarius alter re commutata, quam inventum est, si si faciant, deponente debitore, & commodante invinco, furtum committunt, §. 6. b. t. Schaub. hic.

Dicitur VI. *Possessionis*: sic si debitor non oppignoratam Creditori auferat, *ad Institutum*

rat, cum possit si debitor non furtum committit, § 17. l. ff. h. t.

Dicitur VII. *pro lege*, non *verbi prohibita est admittere*. Ista verba ad substantiam aut delictum, parum videntur esse necessaria. Denotant tamen, furtum natura turpe esse, l. 42 ff. de f. §. quæ va. neminem debere cum alter us jectura compleri, cap. 48. de R. l. in 6. unde etiam præceptum Decalogi sancit: *non furtum facere*.

Dicitur: si furtum esset natura turpe, & esset apud omnes gentes prohibitum; atqui non fuit prohibitum apud Spartanos, Lacedæmonios, Egyptianos &c. furti enim impunita reliquerunt, ergo natura turpe furtum non videtur &c. ex perversa unius, vel alterius gentis natura non bene inferri, mutari ius naturale. Eito proinde, furti apud nonnullos populos fuisse impune relicta; exinde tamen male inferri, & ius naturale illa concessisse; aut apud nos concessa esse, Schaub. hic. Harp. n. 55.

### §. FURTUM AUTEM. 2.

Furtum thymon vel à furvo, id est, nigro, trahitur, vel obscuro, quia plerumque clam, & obscure, sive de nocte in tenebris fieri solet, tenebre enim ad delinquendum sunt aptæ, l. 1. §. 4. ff. de vi. t. ussu, vel a fraude, quia sine fraude non committitur; vel à ferendo, id est, auferendo, quia in his solennibus rebus locum habet, quæ de loco ad locum moveri possunt; quicquid superum hinc inquisitio utilitatis habet.

### §. FURTORUM. 3.

Furtum dividitur in *man furtum*, & *non man furtum*. Illud dicitur, quando fur in ipso flagranti crimine apprehendatur,

A a a a t u r ,

tur, veluti in loco, ubi maleficium commiserat, vel etiam in alio loco, publico, vel privato, antequam eo pervenerat, ubi delinavit, rem furtivam deponere, vel eo die manere cum furto, *l. 4. ff. de furtis*. Idem est, etiam si non apprehendatur sed conspiciatur ab ipso Domino, vel etiam ab alio, & ei acclametur; licet, furtiva adjecta, assugerit, *l. 7. §. 1. ff. eod.* Non manifestum vocatur, quando fur rem eorum pertulit, quo perire eo die destinaverit, vel, quando non apprehensus est, nec ei acclamatio facta, contrarium enim est eadem disciplina, ita ut, cognito uno de contrariis, cognoscatur & alterum, *text. hic*. Illud certum est, quod si Dominus furem viderit se autem occulaverit, ne à fure conspiciatur, forte quia necem timuit, non dicatur fieri furtum manifestum, *l. 7. §. 1. ff. h. t. Schmid. hic. n. 4.*

#### §. CONCEPTUM. 4.

Erant olim adhuc quatuor alia furtorum genera. Furtum *conceptum*, *ablatum*, *prohibitum*, & non *exhibitum*, de quibus vide, *Manz. n. 9. hic*. ubi testatur istas quatuor species furtorum exolevisse. Illud tamen observa; quod si conslet, in domo quapiam furem latere, vel rem furtivam, sive indicam, circumstantiis, aut fama sit, rem ibi occultatam esse, implorato Judicis officio nobis Inquisitio fieri adhuc hodie possit, & soleat. *Schamb. Manz. & Harp. lvi.* ita ut is, qui scelerem rem furtivam suscipit, eamque cedat, actione furti nec manifeste teneatur, *text. hic. & l. 14. Cod. de furtis*. qui verò furem celat, teneatur poena de receptatoribus, *l. 48. §. Qui furem f. de furtis. Schmid. n. 5.*

#### §. POENA. 5.

Varie olim poenae fures sequebantur, postea tamen eo deventum, ut poena manifesti furti quadrupli esset, poena autem nec manifesti dupli, ita ut quadruplo vel duplo aestimatio rei furtivae non insit, ut ecce. abstulit mihi quis argenteum Scyphum valentem 20. fl. si clam furtum intulit præter Scyphum tenetur 40. fl. Sin palam 80. fl. restituere. Ratio porro hujus poenae dari non potest quia poenarum constitutio Juris est constituti non recepti, & poenae omnes Principi sunt arbitrarie. *Ad. m. n. 5.*

Hodie furti manifesti, & nec manifesti ratio differentiae vix ulla habetur. Prædicti enim Imperator in *§. fin. tit. de poe. tenenda. & ejus violat. lib. 2. feud. tit. 27.* constituit, ut furtum manifestum illud sit, sive nec manifestum, capitale foret, & quidem is, qui 5. solidos contrectavit, laqueo suspendatur; qui minus, seipis & forcipe excoriatur, & tundatur.

Verum, & ista constitutio non amplius per omnia viget; sed non nihil reformata est à Carolo V. Imperatore in sua *Constitutione penali (in der preynlich-Hab-Gerichts Ordnung)*, ubi constituit, ut pro qualitate personarum, pro quantitate rerum ablatarum, pro frequentia contrectationum, & varietate aliarum circumstantiarum fures vel ad duplum, vel quadruplum, vel ad poenam carceris fustigationis, relegationis, aurum obfissionis, vel etiam ad laqueum condemnentur, prout videre est in lingua nostra germanica ab *art. 157. usque ad art. 158.*

De *Jure Austriaco* Constitutio criminalis part. 2. art 84. ita se habet: *Wann der erste Diebstahl, &c. i. e. Cum primum furtum est 25. fl. vel amplius; aut cum fur*

*fur jam antea ob furtum parum in his panas dedit, nec tamen se excusavit, si sua iteravit; quamquam ea non ascendunt ad summam 25. fl. debet masculus laqueo, femina gladio puniri. Cum verò furtum non majus est ac 10. fl. nec ultra secundam vicem patratum; vel cum alia investigandi circumstantia adsint: tunc poena ipsi erit infigenda quam proleva intrabitur.*

Dubitatur, an fur, ad laqueum legitime condemnatus, si, rupto laqueo, incolumis de patibulo in terram deciderit, iterata vice suspensus debeat?

Negat vix subscribunt Auctores I le & Doctores, non infima. Gomez. tom. 3. cap. 13 n. 37. Wesenb. in parat ff. le pan. non. 9 Anum. perit. 17 h 8. Movetur idem; quia ejusmodi delapsum miraculo attribuit; eo quod raro, & insolite accidat; contra miraculum autem non agendum sit. Deinde ait sacra Scriptura) *1 querus contritus est, & nos liberati sumus, Psal. 174 & 7* ergo & fur liberandus, si, fracto laqueo, deciderit.

Verùm affirmativa Juri conformior est, quia sententia Judicis suam debet Effectum sortiri, & realiter Executioni mandari, l. 10. Cod. de pen. Const. Canon. Art. 162. und solle der Mann mit dem Strang. von dem Leben zu dem Tode gestrafft werden &c. i. e. *Es debet masculus laqueo mortiferè puniri.* Et is demum pro absoluto habetur, qui i cenam perfolvit, a. g. l. 7. ff. de Jure par. Harp. n. 86. Hovius ad Treutl. loc. cit. Quest. 27. & ibi Br. vov.

Ad Rationes dubitandi & Miraculo ascribi non debere, quæ naturalem causam habeant, puta; *infirmitatem Fimus*, aut *Citerna & gravitatem Oneris oppressi*, aut *Negligentiam Civis*. Deinde, *Psalmi*. iste ad rem planè nullatenus facit, quoniam gratiarum actionem

Populi Israelitici continet, eo quod à Philistæorum Armis, quibus dudum peracerbe vexabantur, liberati fuerint. Sanè, si de sua Innocentia protestatus sit, & dissuper, Fune rupto, deciderit, non v deo, cur res suspecta fieri d beati? ut proinde absolvi posset, cum turis sit, quam Innocentem damnari. *Arum. loc cit*

Quæres: an Judæus a Collo, an à pe-I abbu suspendi debeat? Resp. à Collo, nisi aliud Consuetudine receptum sit. Ratio, quia Judæi Jure communi Romano utuntur, & secundum Leges Romanas judicantur, l. 8. Cod. de Jude. In Jure autem Romano nullibi reperitur cautum, quod Judæus Fur à Pedibus suspendi debeat, ergo id sine Lege non asserendum, præcipue quod Judæi pro Furtis eadem qua Christiani, poena, non duriore, affici solent. *Harp. n. 104. luc.*

## §. FURTUM. 6.

Furtum non solum committitur per *rei aliena Amotionem*; sed etiam per quancunque Rei, usus, vel Possessionis Contractationem, veluti si Creditor utitur Pignore, Depositarium Re depositæ, Commodatarium Re commodata ad usum suum, quàm convenitum est. Item si huius abas cum Re commodata Est. in hoc Furto duplicatur non ipsa Proprietas Rei, sed solum Usus, sive Interest Domini concernens usum. *Schneid. l. c.*

## §. PLACUIT. 7.

Disa autem non aliter procedunt, quàm si sciant, aut probabiliter scire possint, id, in isto Domino, facere, cumque, si intellexerit, non permitturum, quia furtum sine affectu firandi non committitur. *text. hu & in l. 77. § 2 ff de l. sup. c. h. ubi. R. 110 alia* quia furtum non est sine dolo; à dolo autem excusat quælibet cre lulas & error. *Almaz. n. 1.*



## §. SEDETSI. 8.

Queritur hic, an *servus committatur*, si aliquid credat, se rem commodatam, vel aliam quamvis gratia invito Domino, contrahere; Dominus autem privatus non fit. Responsum in textu furtum non fieri: propterea in furti poena est, ut, invito Domino, fiat. Quod procedit de furtis factis, non de furtis quia in foro confidenter talis revera furtum commisit; licet ad restitutionem non teneatur.

## AD VERS. UNDE.

In hoc §. proponitur talis casus: Titius Servum Matrem incitavit, ut quasdam res domino suo straperet, & ad eum perferret. Servus id domino suo patefecit. Dominus, volens Titium in delicto deprehendere, permissit, ut Servus quodcumque ad Titium perferret. Queritur, utrum Titius teneatur iudicio fieri, an vero servi corrupti? Quidam putabant, neutro iudicio teneri. Non furti, quia furtum non fit, sciente, & volente domino. Non servi corrupti, quia servus corruptus non fuit Imperator tamen statuit, quod fieri, & servi corrupti ad rem adversus Titium datur, text. hic. & in l. 20. Cod. de furt. Ratio est duplex in text. quia, tamen si servus corruptus non fuerit, consilium tamen corruptoris ad perniciem probatis servi introductum erit, & ne ex huiusmodi impunitate in alium servum, qui facile posset corrupti, tale facinus à quobusdam perpetraretur, text. & Manz. hic.

## §. INTERDUM. 9.

Imperator offendit in hoc §. quod etiam liberi hominis (v. g. filium) in potestate existentis, furtum fieri possit, ita ut pater contra furem consequatur actionem furti ad duplum, vel ad quadruplum, text. hic. & in l. 14. §. 13 ff. de furt.

Dicit, quomodo pater poterit ad duplum, vel quadruplum agere, cum tamen liberum corpus non recipiat restitutionem? & à fure praestandum esse duplum, aut quadruplum ejus, quod patris interest, filium non esse ablatum, v. g. quia interea pater opera filii careere debuit. Schneid. hic. Mover, cum filium non habeat in potestate, vel non furti pro filio ablati non habet, l. Mater. 48 ff. eod. Illud notandum, quod subtrahens filium, vel alium hominem liberum, animo celandi, vel privandi, incidat etiam in poenam capitalem, & ex *Leg. Fabia*, tanquam Plagiarius puniatur, l. 3. ff. de plag. H. p. n. 3. hic.

## §. ALIQUANDO. 10.

Aliquando etiam quis potest fure rei furtum facere, v. g. si debitor rem suam creditori obligatam, subtrahat. text. hi. & l. 19. §. 5. ff. de Fur. Ratio, quia aufferit ei possessionem, quae ad creditorem spectat, l. 16. ff. de usufruct. quo tamen talis res proprie furtiva non sit, ita ut tamen usui capi possit, l. 4. §. 21. ff. de e.

Non obstat, l. 6. Cod. de usu cap. pro emp. ubi aperte negatur, rem à debitore subtrahenti usui capi posse. Responsum sic quidem rem capi non posse, ita ut fure creditori salvi non maneat. Salvo tamen Jure creditoris, usui capi potest. Schneid. §. 3. hyst. de usu cap. aliter Harp. hic. n. 7.

## §. INTERDUM. 11.

Queritur hic §. an & teneatur furti, qui consensu magis ad furtum faciendum, dedit, vel opem tulit?

Obstat, quod is dicatur opem ferre, qui munusculum, servitium, sive adiutorium, ad surripicandas res, praebet. Text. in l. 1. §. 3. ff. de furt. v. g. qui scelas

scalas fenestras supponit aut ipsas fenestras, vel ostium effringit, ut alius furtum faceret. Item is, qui claves adulterinas, scalas aut ferramenta ad effringendum commodaverit; vel etiam ille, opem tulisse, dicitur, qui tibi nummos excussit, ut alius raperet; aut obtentura, corporis tui objectu aspergit in tuo ostio, ut alius in sui raperet, &c. Contulit enim dicitur dicitur, qui persuadet, & impellit, atque instruit consilio, ad furtum faciendum. l. c. §. 3. ff. de furt. His præmissis.

Resp. I. Certum esse, illum, qui opem, & consilium copulativè tulit, furti teneri, *Text. hic*, quia non multum abest à contractatione, furtum videlicet subsecutum. Idem est, si quis opem tantum tulit, *Text. h. c. v. At ubi opem Alani latus furtum se erit, ambo tenentur*: licet enim talis rem à parte rei non con rectet, interpretatur tamen, contractasse. *Manz. n. 11.* Illud tamen requiritur, utroque casu sciat; ad quid opem ferat; & concurrat, *Text. hic, scient, cujus rei causi*: quia furtum sine dolo non committitur. Unde, si bonè siue scalas commodaverim, & uti ad furandum usus fueris, ego furti non teneor; ignorantia enim facti alieni excusationem meretur, l. fin. ff. pro suo. Item, si quis ex petulantia, & levitate opem aut consilium ferat non actione furti, sed in factum tenetur, *Text. hic.* Ratio, quia furtum, sine effectu furandi, non committitur. Item, voluntas, & propositum distinguunt maleficia.

#### AD VERS. CERTI.

Queritur: an illo furti teneatur, qui C. illum tantum præbet? & interesse, an furtum sit subsecutum, nec ne? si prius, tenetur, l. 36. ff. de furt. si posterius, non tenetur, quia furtum non verbis, sed factis committitur, l. 52. §. Neque verbo, ff. eod. *Harp. n. 3.*

#### §. HI, QUI. 12.

Queritur in hoc, §. an etiam filius & servus furtum faciant, quando Patri aut domus rem quandam surripunt? Respondendi dicendum, quod non quia pater, & filius, servus & dominus, una eademque persona esse intelligitur, si licet actus sit diversus, l. 1. ff. de leg. 1. Deinde filius, & non pater, dicitur esse rerum paternarum dominus, l. 11. ff. de lib. & p. h. m. Rei autem suæ non datur furtum, ergo, &c.

Verum contrarium hic dicitur, & in l. 17. ff. de furt. Ratio, quia magis veritas, quam fictio civilis attenditur, juxta regulam concurrente veritate, & fictione, præfertur Veritas, l. 23. ff. de lib. & p. h. m. itaque res, à filio subtrahæta, efficitur furtiva, & ita vitiosa, ut usucapi non possit, nisi redeat in potestatem patris, vel domini. 48. ff. de furt. Caveas proinde, ne emas rem, Patri subtrahætam à filio; si enim hoc facis scienter, furti teneris, arg. l. Eas Cod. de furt. si verò ignoranter, non potes usu capere, §. 2. sup. de usu cap. *Schneid. n. 1.*

#### AD V. SED FURTI.

Tamen si in casu §. un. in rei veritate committatur furtum, tamen contra furantem actio furti non datur. Ratio est in *textu*, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. A. edit, quod actio famosa, qualis est actio furti, inter patrem & filium, locum non habeat, l. 11. ff. de dolo. Idem est in uxore, faciente furtum de rebus mariti, l. 52. ff. de furt. si proinde Uxor, stante matrimonio, furatur Marito, non actione furti, sed rerum amotarum convepitur, tot. tit. ff. rer. amot. *Manz. n. 8. hic.*

## §. FURTI. 13.

Quæritur hic: *cuinam competat actio furti?* & R. quod ei, *cujus interest, rem non esse subreptam, sive dominus sit, sive non, Text. hic. & l. 16. junct. l. 11. ff. de furt. l. ult. Cod. eo l.*

Requiritur autem I. ut interfuit ex honesta causâ, l. 11. l. 76. §. 1. ff. de Furt. si enim ex inhonestâ causâ interfuit, ut si malæ fidei possessori, aut ipsi furi res furripitur, furti actio, regulariter non datur, l. 12. §. 1 ff. eod. Estque ratio, quia nemo ex improbitate sua actionem consequi debet. *Manz. n. 4 §. 5. hic*

II. Requiritur, ut interfuit propter damnum datum, nam, si præcisè interfuit propter ereptam lucri occasionem, hæc actio non datur. Unde si rem tibi subtraxerim, quam pro hærede possides, furti actione non teneor, l. 71. ff. de furt. ubi dicitur, interesse enim ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset. *Manz. h. 3. hic.*

Non obstat l. 13 ff. rem ratam haberi, ubi Paulus interesse definit, non tantum damnum emergens, sed etiam lucrum cessans. Siquidem R. in nostro casu solum damnum emergens contineri, fortè idcirco, quia hæc actio odio a est, & proinde restringenda. *Harp. n. 6.*

III. Ut interfuit, ratione Juris realis, v. g. proprietatis, pignoris, possessionis, usus &c. nam rei, solum promissæ aut debitz, nulla habetur ratio. Unde si mihi res quædam per stipulationem promissa aut vendita fuerit; postea verò ante traditionem promissori vel venditori subtrahita, contra furem actione furti agere non possum. l. 85. ff. de furt. quia ante traditionem tantum fuit ad rem, non in re habeo. adeoque meâ, ratione Juris realis non interest. *Harp. n. 7.*

## §. UNDE CONSTAT. 14.

Ex delicto sequitur I. Quod creditor de 12 pignore intercepto, quamvis ipse debitor furripuisset, furti agere possit, *Text. hic. & l. 12. §. 2 ff. de furt.* quia ejus interest, cum expectat ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, *Text. h. c. & plus sit cautionis in re, quam in persona, l. 25. ff. de R. J.*

## §. ITEM, SI FULLO. 15.

Sequitur II. Si Sartori v. g. vestis reparanda vel facienda sub certa mercede data, eque furto subrepta sit, sartori actionem competere, & non domino: estque ratio, quia is actione furti agere potest, *cujus interest; domini autem parum interesse, censetur, quia contra fullonem actione l. cari experiri potest si culpâ sartoris levi furum adulum, & res surrepta fuerit.* Et hoc procedit, quando fullo, & sartor sunt in totum solvendo, aliis datur domino furti actio, inanis enim esset actio locati, quam inopia debitoris excluderet, *cap. 16. de vestit. spoliat.*

## AD 7. SEDET BONÆ FIDÆ.

Datur & actio furti bonæ fidei emptori, cui res tradita est, & deinceps subtrahitur, licet adhuc dominus non sit. Retro, quia interest ipsius I. propter perceptionem fructuum, qui bonæ fidei possessori cedunt, §. 35. *Inst. de R. D. II.* propter usu-capionis conditionem, *Manz. n. 9.*

## §. QUÆ DE FULLONE. 16.

Ex hoc §. notabitur, hodie inter Com-24 modatorem, Fullonem, & Sarcinatorum circa furti actionem, hæc esse differentiam, quod Fullo, & Sarcinator agant furti actione contra furem, eo demum casu,

casu, quo sunt solvendo, ut in §. *præced.* diximus. Et licet *omni* idem fuerit in commodatario, tamen Imperator in *l. fin. Cod. de furt.* hoc emendavit, statuens, ut commodans statim habeat electionem agendi, vel actione commodati contra commodatarium, cui res commodata culpa sua subtrahita est, vel actione furti contra furem, non considerato hoc, an commodatarius sit solvendo, nec ne? Ratio, quia in commodato (*regulariter*) celebratur contractus gratia commodatarii: plus igitur debet subveniri domino, qui exercuit liberalitatem commodando rem alteri gratis, quam in casu *præced.* §. ubi contractus sit gratus utriusque. Donum minus tamen, alterutra electionum elect., ad aliam redire non potest. Quid est verum, si sciens utranque sibi competere, unam elegit. Secus, si ignorans. *Text. hic.*

## §. SED IS. 17.

25 Quæritur in hoc §. *quid si res deposita furto subducta sit, cui actio competat, deponenti an depositario?* Imperator, deponenti, quia illa datur actio furti, cuius interest, rem salvam, & furto non subreptam esse, atqui depositarii non interest, quia depositarius, ob rem depositum, furto amittit, non tenetur; sed Dominus sibi imputare debet, quod negligentem amico rem custodiendam dederit. §. *Præterea* 3. *Inst. quib. mod. recontr. oblig.*

Sed, an non tunc demum depositarius habeat actionem furti, quando is in dolo fuit? v. g. si cum fure collusit? videtur, quod sic, quia depositarius dolum præstat deponenti, ut ipse interesse videatur.

Sed contrarium *hic deciditur*, ex ratione, quia absurdum est, ut aliquis ex dolo suo actionem habeat, *l. 14. §. 3. ff. de furt.* Nemo enim ex sua im-

probitate actionem consequi, *l. 48. §. 4. ff. eod. l. 1. §. 1. ff. de dolo malo, &c.* vel ex dolo suo præmium reportare debet, *l. 10. §. 1. ff. solut. Matrim. Manum. 3.*

Ad rationem dubitandi *re.* tunc alicui accommodari actionem furti, si ipse interfuit ex honesta causa, secus, si propter dolum admissum.

Porro, cum Depositarius etiam culpam latam præstet, quid *Inter* erit, si *in culpa furtum admisit?* sunt, qui deponenti tantum actionem tribuant ex ratione, quia dolum, & lata culpa æquiparantur, *l. quod Nerva. 32. ff. de positi.*

Sed *Schneid.* hoc in casu etiam depositario actionem furti concedit; ita tamen ut Dominus electionem habeat, & tunc demum depositarius furti agere possit, quando doctissimus scienter elegit actionem depositi. Ratio autem, cur depositario actionem furti præbeat, est, quia dolum furis præponderat latæ culpæ depositarii, *Arg. l. 9. §. fin. ff. ad. L. Aquil.*

Ad rationem dubitandi *re.* dolum non æquiparari latæ culpæ, si ex parte alterius dolum concurrat; hoc enim casu dolum præponderat latæ culpæ. *Manum. 6. hic.*

## §. IN SUMMA. 18.

Quæritur hic, an actio furti detur etiam *26 contra impub. rem?* *re.* cum distinctione, vel est adhuc infans aut infantie proximus? & non facit furtum, *l. 1. Cod. de fals. monet.* quia infans caret intellectu, & nescit, quid agat, nec dolum cadit in talem ætatem, sine hoc autem furtum non constituitur. *Schneid. hic.* Si vero pubertati sit proximus, doli capax, & malitia suppleat ætatem, utique furti tenetur: quia intelligit, se delinquere, & sic fit reus, *Text. hic.* Potius tamen semper

semper temperatur, ita ut etas à furti poena ordinaria excuset, *Confl. Carol. art. 164. Von jung-n Dieben.*

Quisnam verò pubertati proximus dicendus sit, variant *D. D.* cum in Jure non reperitur definitum. Sunt, qui illum dicant pubertati proximum, qui excessit medium temporis inter infantiam, quæ anno septimo terminatur, & pubertatem, quæ in masculo anno 14. in foemina anno 12. incipit, ut a deo quæ masculum à decimo anno, & dimidio, foemina à nono anno cum dimidio pubertati proximam dici; sed communior opinio id Judicis arbitrio reliquit, qui expendat necesse est, an doli, malitiæ, fraudis, & delicti capax sit; nec no? *Menz. n. 7.*

#### §. FURTI ACTIO 19. ET ULTR.

Pro ut *h. tit.* hujus §. notandum, ex Furto dupliciter agi posse, civili & criminaliter. I. e. si agatur. O. Furum quatuor *Actioes* pronatæ sunt I. *Actio ad exhibendum*, quæ est preparatoria ad Rei *Restitutio* II. *Rei vindictio* III. *Condictio furtiva*, & IV. *Actio furti*, quæ aguntur ad *Penam Dupli*, si furtum est *nec m. scilicet* vel *Quadrupli*, si furtum est *manifestum*. Cæterum, quid sit *Rei vindictio*, & *Condictio furtiva*? cui? adversus quem? & ad quid competat? *infra* §. 14. *infra de al. viq. bimus*, ubi ex *Instituto* de *h. s. Actionibus* agemus.

### TITULUS II.

## DE VI BONORUM RAPTORUM.

### SUMMARIA.

1. Quid sit Rapina?
2. Quæ actio fieri Raptio teneatur?
3. An actio vi bonorum raptorum pro re minima competat?
4. Qui, res suam esse existimans, rapuit, raptor non est.
5. Cui competat actio vi bonorum raptorum?

### CONNEXIO.

Imperator in principio *preced. Tituli* quatuor species deceptorum privatorum enumeravit. Discussa itaque prima specie videlicet Furto, sequens est, ut altera species, puta Rapina ad lancem examinis appendatur; prout quæ autem ad ipsam actionis vi bonorum raptorum explicationem accedamus, præmittimus.

Definitionem Rapinæ. Quæ nil est aliud quam *contrafactio fraudulenta*; & *violenta res aliena movens*.

Dixi I. *contrafactio*, quæ vox hæc generis ponitur, & in eo convenit cum furto.

Dixi II. *fraudulenta*, nam, sine fraude, & dolo non committitur rapina, §. 1. *h. tit.* §. 2. ff. *eod.* unde rapina non dicitur, si quis rem alienam suam esse credens, rapuerit, §. 1. *h. tit.*

Dixi III. *violenta*, quia ad rapidam requiritur interveniens Violentia; si enim clam res auferantur absque vi, non rapina, sed furtum committitur, dicitur.

Dixi IV. *Rei movens*, quia res immobiles propriè non dicuntur rapi, sed invadi, ideoque in i's actio vi bonorum raptorum locum non habet, *l. 1. h. tit. l. 3. l. 7. & l. 9. Cod. unde vi*, sed ei, qui

qui vim passus est, interdictum unde vi conceditur, l. i. ff. de vi, §. vi. *av. nat.*

### AD PRINCIPIMUM.

2 Quæritur in hoc §. *quænam actio detur contra Raptorem?* R. Quod actio furti, quis enim (ait *text.*) magis rem alienam, invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ergo datur contra raptorem actio furti, de quo nullus est, qui ambigat. Sed

Q. quâ actione furti raptor tenetur, manifesti, an nec manifesti? R. Rem dubiam efficiunt duo textus, quorum primus est in l. i. ff. b. t. his verbis, qui rem rapit, & furti nec manifesti tenetur, & vi bonorum in quadruplum. Secundus exiit in l. si vendidero 80. §. 3. ff. de furt. ubi in hæc verba refertur: cum Raptor omnimodo furtum facit, manifestus fuer existimandus est. Varii variè hos textus combinant. communis solutio est, quæ distinguit, num raptor deprehensus sit, nec ne? Si prius, fur manifestus: si posterius, nec manifestus erit. Ita Harp. num. 12. hic. Schamb. hic. Schneid. num. 10. Mauz. num. 7. & 11. hic.

Dices: raptor semper deprehenditur, cum rapere sit de manu auferre. l. 4. ff. ne quis eum, qui in Jus vocat. est. Resp. l. Negando, semper deprehendi, licet enim, infanti, vel Cæco rem eripi. II. pone alium casum ex l. §. 2. §. fin. ff. de furt. quod aliquis domum alienam armatus ingrediatur, & res quasdam auferat, à nemine deprehensus, talis erit raptor nec manifestus, d. l. §. 2. §. fin. ff. de furt. non manifesti videlicet, si nemo eum deprehenderit tollentem. III. figura adhuc alium casum, quod quis in turba ad hominem adultum accesserit, eique v. g. pileum ex capite rapuerit, ignorante domino? quis ex numero plurius id fecerit? talis, utpote non deprehensus, furti nec manifesti tenebitur.

*Atq; ad Infinitum,*

### AD V. SED Tamen.

Præter actionem furti Prætor adhuc aliam actionem, puta, vi bonorum raptorum contra rapientem concessit.

Dices: hæc actio videtur esse superflua, cum sufficere videatur actio furti, ergo nulla videtur esse ratio, cur Prætor hanc actionem ierendū erit. R. I. hinc fuit ratio, ut Vis, quæ maxime Juri contraria est, ceteroqu岸; sive, ut innotescat, etiam Prætorum habuisse curam reprimendæ improbitatis. Resp. II. actionem vi bonorum raptorum non duntaxat esse non superflua, sed quandoque necessariam. Fac enim rapinam non fieri, lueri faciendi causa, sed injuriæ causa. Hoc casu, cum furtum non fiat, nulla superest actio, quàm vi bonorum raptorum. Mauz. n. 16.

### AD V. ET EST.

Hæc autem actio vi bonorum raptorum intra annum in quadruplum est, post annum in simplum: Text. hic. Ratio, quia actio, prætorie, quatenus sunt poenæ persecutorie, sunt annuæ; quatenus sunt rei persecutorie, perpetuò durant, l. 35. ff. de O. & A.

### AD V. QUæ Actio.

An actio vi bonorum raptorum etiam pro unica aliqua re, & quidem pro re minima, competat? Dixerū, quod non. I. quia actio vi bonorum raptorum in plurali cōcepta est, & pluralis locutio singulari non acquiescit; minimū duo requirit.

II. De minimis non curat Prætor, l. Scio 4. ff. de integer. res. & parum pro nihilo reputatur, l. 25. ff. locati.

Verū. contrarium hic deciduo. Ratio, quia non à materia, sed à causa efficiente ( atrocitate scilicet delicti ) actio æstimatur.

B b b b Ad

Ad I. *dicto*, sæpè pluralem locutionem ad unum restringi, sic actio negotiorum gestorum datur etiam ad unum negotium.

Ad II. *Resp.* in extraordinariis, odiosis, & criminalibus quandoque modicum non curari, secus in actionibus, & judiciis ordinariis, vel *dic.* odio v. olentia specialiter cotarium inductum esse, cum propter spolum, & violentiam sæpè à regulis Juris recedatur.

#### AD V. QUADRUPLUM

Quæritur, *An quadruplo insit rei persequito?* videtur quod non, quia in actione furti manifesti res non cominetur, sed quadruplum est merè poenale, ergo id ipsum locum habet in rapina, cum gravius delinquit raptor, quam fur.

Verum, hoc non obstante, *Æ. Imperator* rei persequitione quadruplo insiso, ita ut poena tantum sit tripli sive raptor in delicto comprehendatur, sive non, *Harp. n. 20.*

Ad rationem dubitandi *Æ.* rationem differentie esse, quia raptor multis aliis poenis afficitur, pluribusque actionibus implicatur, quam fur. Sic fur de jure *ff. & Cod.* poenâ tantum pecuniariâ afficitur, raptor autem etiam judicis publici; ex *Leg. Julia de vi privata*, & *publicæ*, tenetur. Deinde, poena rapinæ semper in-formis est & perpetua, puta, tripli; sive raptor deprehendatur, sive non. *Secus in fure Schmid.*

#### §. ITA TAMEN I.

Traditur in hoc §. quod ad hoc, ut actio vi honorum raptorum competat, requiratur rapientem esse in dolo, adeoque vim, & dolum concurrere. *Text. hic. & l. 2. §. 8. ff. de i. Unde*

*Q. quid? si aliquis, errore facti dolum existimet rem, quam rapit, suam esse?*

*vel, errore Juris deceptus, putet, licere domino, rem suam per vim ab alio auferre, rem alienam rapuerit, potest itine etiam actio vi honorum raptorum conveniri?* Rationes dubitandi variz sunt. I. quia Ignorantia juris neminem excusat, *l. 9. ff. de Jur. & Fact. Ignor.*

II. Error in facto proprio non est tollerandus *l. 7 ff. ad SC. Fel.* Bonus enim, & diligens paterfam. non debet ignorare, quid suum, quidve alienum sit, *arg. l. 15. Cod. de rescind. vend.*

Verum, h. s. dubitandi rationibus nihil refragantibus, *Imperator* *Æ.* cum neque actio vi honorum raptorum, neque actio furti impeti possit. Ratio, quia in utraque solus desideratur, quolibet autem Ignorantia, Error, Criminalitate à dolo excusat, *l. 1. ff. de Abus. l. 14. Cod. ad L. Flav. de Plig. Manz. n. 4. & 1. Schmid. n. 1.*

Ad rationes dubitandi *Æ.* Ignorantiam Juris, & Facti proprii neminem quidem excusare à culpa; excusare tamen à dolo, & poena, quæ propter delictum aliquod, do & commissum, insiguit. Illud tamen certum est, non statim allegantis se ignorasse, rem esse alienam, credi; nisi adsint aliqua indicia, aut conjecturæ, quibus verisimiliter decipi potuit. *Schubert. n. 2.*

#### AD V. SED NE.

Tametsi rapient per vim rem suam penes alium constitutam, vel alienam putans esse suam, actione vi honorum raptorum, propter dolum cessantem, non teneatur; nihilominus tamen, ne inveniantur, per quam raptores impuni suam exercent avaritiam, sancitum est, ut nemini liceat vi rapere, vel rem alienam, vel se moventem, v. g. *Evangelus, Boveus*, &c. licet suam eandem existimet, ita, quidem, ut rapientem

rem suam propriam, ejus dominiō cedat; raptus verò alienam, hanc non tantum teneatur restituere, sed & hujus estimationem prestare, *Text. hic. & in l. 7. Cod. Unde vi.* Ratio, quia nemo sibi ipsi Jus dicere debet, *l. un. Coit. Ne quis in sua caus. Jud.* nec quis quidquam propriā auctoritate, aut vi quadam, sed legitimis actionibus Jus consequi debet, *l. Extat. 13. ff. Quod met. caus.* Unde & violentus creditor etiam Jure suo cadit, quia debitum a Judice legitimis actionibus rescoldere debet, *l. pen. ff. ad L. Jul. de vi privat.*

## AN V. QUOD NON SOLUM.

Dicta procedunt non tantum in rebus mobilibus, sed etiam immobilibus, quando quis per vim earum possessionem invadit, *Text. h. i. & d. l. 7. qua requa-*

le delictum sequitur æqualis poena. Idem denique procedit in rebus incorporalibus, de quo vide *S. buend. h. c. n. 3.*

## §. I I M.

Q uia in hoc §. cui competat Actio vi bonorum raptorum? & R. quodd ex quibus causis Fieri actio competat, ex ipsa competat Actio vi bonorum raptorum. Adeoque non requiritur, ut agens sit dominus, sed sufficit, si ejus interesse non esse surreptam, quo casu tamen non agitur ad quadruplum ipsius rei per vim subtractæ, sed ad quadruplum ipsius interesse. Ex quibus colligitur, hanc actionem non tantum domino, sed etiam honeste fidei possessori, conductori, commodatario, creditori, depositario, in casu quo omnem culpam in se recepit, competere. *Text. & AA. hic.*

## TITULUS III.

## DE LEGE AQUILIA.

## SUMMARIA.

- 1 Damnum quid sit?
- 2 Recensetur p. unum Caput Legis Aquiliæ.
- 3 Ob occasionem liberis Hominem utilis Actio legis Aquiliæ datur.
- 4 Quæ sint Requisita ad actionem Legis Aquiliæ?
- 5 Quid sit Injuria occidere?
- 6 Miles in loco confecto, huiusmodi, de damno non tenetur.
- 7 Putator arborum quando teneatur?
- 8 Item, quando Medicus?
- 9 Imperitus an culpam ponat?
- 10 Multo quando ex Lege Aquiliæ conveniri possit?
- 11 An cum ista actione alia concurrat?
- 12 Sic tertio Capite quædam sentiantur?

13 Actio directa qua dicatur?

14 Item, qua utilis?

## CONTINUATIO.

R ecensetur in hoc Titulo tertia privati delicti Species, nempe dampnum Injuriæ datum, pro quo actio Legis Aquiliæ competit, ita ab Authore Aquilio Tribuno plebis, dicta. *Perez. l. sup. hic.*

Definitur autem Damnum, quodd sit patrimonii nostri diminutio, prout est vel corruptione rei, vel deterioratone, *l. 3. l. 5. §. 1. ff. ad Leg. Ag. Quibus actionis verbis differt à Furtio & Rapina, quia furtum, & rapina sunt quidem etiam patrimonii nostri diminutio, sed cum prænotione rei. Deinde damnum, in-*



juria datum non sit lucris causa; secus furtum, & rapina. *Chang. Inst. Q. 1. Ob. 1.* Ut autem damnum ex Lege Aquilia vindicari possit, requiritur, ut damnum sit datum injuria. Injuria autem datum dicitur, quod non jure datur. Unde bruta damnum inferre non dicuntur, sed pauperem facere, quia caritas ratione, atque adeo nec jure, vel non jure quidquam agere censentur. *not. tit. Inst. Si quadr. pauper. facere dicatur*: sic *Furius*, & *Infernus* non dicuntur damnum injuriâ dare, licet alteri incendiant aedes suas, quoniam usu rationis carent, & reputatur tale incendium inter casus fortuitos, l. 1. §. *Ideo. ad Leg. Aquil. Chang. hinc. Quæst. 2. Schneid. num. 5.*

## AD PRINCIPIMUM.

- 2 Legis Aquiliæ obiecta tria Capita existunt: quid *Primum*, & quid *servum* sit, videbimus. *Secundum* ab usu recessit. *Primum* autem *Capite* cautum erat, ut, si quis *servum alienum, alienarum quadrupedem, quæ pecudum numerò sit, injuriâ occiderit, tantum domum dare damnetur, quantum plurimum illa rei: ob anni fuerit.*

Dixi I. *Servum*, quia, si quis liberum hominem occiderit, hac actione non tenetur, sed Lege Cornelia de Scuris, juxta quam gladio puniatur, secundum illud: *Homicida, quod fecit, expiet, l. 3. Cod. de Epif. Jud.* Ratio rationis est, quia actio Legis Aquiliæ datur ad æstimationem rei interemptæ; atqui liberum corpus non recipit æstimationem, l. 1. §. 5. ff. de *hu. qui effud. Manz. n. 4. hic.* deinde æstimatio debet præstari domino atque hber homo neque in suo, neque in alterius dominio est, sed solius Reipublicæ. *Harp. n. 7. hic.* Sane, licet ob interemptum aut vulneratum hominem liberum actio directa Legis Aquiliæ non datur, utilis tamen v. g. patri

ob occisum filium, uxori ob necem Mariti, liberi ob mutilatum patrem, non deneganda est, non quidem ad consequendam corporis æstimationem, sed ad consequendas impensas, in curatione factas. Item lucra, & operas, quibus post interfecionem carere debet. Faciem, potrem fuisse hominem industrium, & artificiosum, ita, ut arte suâ & labore integram familiam commodè aluerit. Hoc in casu liberi, cum alimentis, ob trucidatum patrem destituantur, ad damnum datum agere possunt, *arg. l. 13. ff. ad leg. Ah. Manz. n. 1. Harp. n. 8.*

Dixi II. *Servum alienum*, nam qui suum servum occidit, sibi ipsi damnum dat, quod sentire damnum non videtur, l. 203. ff. de *R. J. Perre. hic.*

Dixi III. *alienarum quadrupedem, quæ pecudum numerò continetur.* Ut enim hæc actio detur, requiritur, tale sit animal, quod pecudum numerò continetur. id est (*ut frequenter §. explicabimus*) gregatim pascitur.

Dixi IV. *Injuriâ*, quod §. 2. explicabimus.

Dixi V. *occiderit*, hæc enim actio non aliter competit, nisi quis *Gladio, Fuste, Lapide, Telo, aut aliò Instrumeto occiderit, l. 7. §. 1. ff. h. t.* Unde, si quis causam tantum mortes dederit, v. g. includendo aliquem, ut fame perierit, ut h. tantum actio Legis Aquiliæ datur, §. *fin. Inst. h. t.* Item, si quis alterum duntaxat vulneraverit, aut aliò modo læserit, non ex primo, sed ex tertio capite agitur, §. 13. h. t. *Manz. num. 13.*

Dixi VI. *Domino*, hæc enim actio directa solum domino datur, l. 11. §. *leg. l. 14. ff. h. t.* In quo differt ab actione furti & vi bonorum raptorum, quæ datur omnibus illis, quorum interest. Sanè, *bonæ fidei Possessori, Usui fructuario, Creditori, commodatario utilis actio*  
Legis

Legis Aquiliæ, aut actio in factum non deneganda, *Harp. n. 17. Schneid. n. 13.*

**DAI VII. Quæsti plurimi** *Ed.* quæ verba explicabimus *infra* §. 9. b. z.

#### §. QUOD AUTEM. 1.

- 4 Ut ex primo Capite Legis Aquiliæ actio detur, requiritur inter alia, ut tale animal occidatur quod pecudum numero continetur; *pecudes* autem dicuntur, quæ *gregatim* pascuntur, v. g. *Oves, Boves, Equi, Muli, Asini, &c.* Ex quibus *deducet I.* quod si quis ferus, bestias, v. g. *Ursus, Leonem, &c.* in alterius dominio constitutum, occiderit, ex hoc capite primo non teneatur, *Text. luc. & l. 1 ff. b. t.* Ratio, quia gregatim non pascuntur. *Deducet II.* idem dicendum esse de *Canibus, Felibus, &c.* quia nec isti (licet sint quadrupedes) gregatim pascuntur. *Deducet III.* nec Anseres hoc primo capite contineri; tametsi enim gregatim quandoque pascantur, tamen non sunt quadrupedes *Maur. n. 2. & seqq.*

#### §. AD V. DE SERVUS.

Ratio *adhibenda*, num *Servus* hoc primo capite contineatur, ista est, quia *Pecudes* dicuntur, quasi *Pecuniam* dantes, & utilitatem hominibus præstantes, sed *Servus* nihil profuit, ergo.

Verum, Imperator *N.* etiam *Servus* hoc primo capite contineri, quia etiam *Servus* aliquid utilitatis adferunt, scilicet per factum, & insuper sub cura subulci gregatim pascuntur. *Harp. n. 15. luc.*

#### §. INTER 2.

- 1 Enumeravimus hucusque *duos Regi-*  
*sum* ad hoc, ut ex primo capite Legis Aquiliæ agi possit, puta, I. ut servus vel

animal occidatur; non tantum vulne-  
 retur. II. ut sit tale animal, quod gre-  
 gatim pascitur. His requiritur *tertium*  
*Requisitum*, ut, videlicet *Injuria* occidatur.  
 Dicitur autem in *injuria* occidi, qui non  
 Jure, sed contra Jus, ad est, dolus,  
 live per culpam *levem*, & *levissimam*  
 occisus est, *l. Sed. & ff. 6. §. 1. ff. b. t.*  
 Quare, si nullus dolus, nulla culpa  
 subest, huc *male* citio, aut Actioni ex  
 Lege Aquilia locus non est; velut si à  
*Furio*, & *impubere*, live *infante* dam-  
 num detur, *l. 5. §. 2.* Item si à *Bellis*,  
 vel *Quadrupede* inferatur damnum,  
 tunc enim bellua non propriè damnum,  
 sed pauperiem fecisse, dicitur, *l. 1. §.*  
*3. ff. Si quadrup. paup. sec. nati. Harp.*  
*n. 2.* Item is qui Latronem, insidian-  
 tem sibi, & se invadentem, vel quemcum-  
 que alium ferrò se potentem, *l. 5. ff. b. t.*  
 occiderit, hac Lege non tenetur, si aliter  
 periculum effugere non potuit. Ratio est  
 in *l. 4. ff. b. t.* quæ *ait*, nam adversus pe-  
 riculum naturalis ratio permittit se de-  
 fendere, & vim vi repellere, omnes lo-  
 ges, & omnia jura permittunt *l. Servus*  
*nam 4. & 5. ff. ad Leg. Ag. Et*, qui à quis  
 ad defensionem corporis sui hac, jure  
 secusso dicitur, *l. 3. ff. de J. Ed. J. Maur. n. 3.*  
 Modò id fiat cum moderamine inculpa-  
 tæ tutelæ De qua materia inf. à §. *Prius*  
*Lex Cornelia* §. *de pub. Jud. agen.* & In-  
 terca vide *Gust. hb. 1. C. f. 16. de pace pub.*  
*bl. Maur. Schneid. & Schneid. luc. Harp.*  
*ipse d. §. 5.*

#### §. AC NE 183. ITAQUE 4

*Colliges ex his* §. quòd casu occidens 6  
 servum vel an mal, hac lege non tene-  
 tur, si dederit operam rei licitæ, nec  
 præcesserit aliqua culpa; quæ, quæ  
 ex improvviso casu proveniunt, tanto  
 potius quàm noxæ imputantur, *l. 1.*  
 b b b b. 3 Cod.

*Cod. ad leg. Cornel. de Sicariis.* & casus fortuitus nemini venit imputandus. Itaque si miles in loco consueto bombardas exerceat, servum, eò loco commorantem, aut transeuntem jaculando occiderit, culpræ reus non erit; nisi datâ opera id fecisse probetur, §. 4. *hic.* Requiritur tamen *animus*. I. ut sit jaculator ad statum Locum deputatus. II. ut ludat in loco consueto & ordinato. Unde, si non miles luserit, Lege Aquilâ, tenebitur. Ratio est in d. §. 4. *hic.*, quia culpræ reus est, fecit enim, quod non debuit, & culpa est, se immiscere rei, ad se non pertinenti, cap. 36. de R. J. in 6. & operam danti rei illicitæ omnia imputantur, quæ sequuntur, l. 30. §. In hoc quoque. ff. h. t. ludus autem illeceus est ratione Personæ, & Locî, Manz. n. §. Ex dictis aliud infert exemplum Harp. *hic.* n. §. quod scilicet quis, si dum pilâ tempestivè luderet, ubi ex consuetudine ludebatur, pilâ, vehementius percussa, aliquem ex spectatori-  
bus elusaverit, de hoc damno non teneatur. Ratio, quia dedit operam rei licitæ & ( ut supponitur ) nullum propositum, nullamque nocendi voluntatem habuit. Sanè, licet Occidens culpa ex Lege Aquilâ teneatur; non tamen tenetur ex Lege Cornelia de Sicariis, quia in criminalibus dolus requiritur, nec lita culpa dolo æquiparatur, l. 7. Leg. Cornel. de Sic. Schneid. n. 11. *hic.*

#### §. ITEM? SI PUTATOR. §

- 7 Aliud est exemplum, si putator penes viam publicam, aut vicinalem, id est quæ in vicos ducit, ex arboribus ramos amputet, transeuntem servum casu occidat vel vulneret, si non proclamavit, aut serò nimis hac lege tenetur, l. 31. ff. h. t. quia publicè interest, posse sine metu, & periculo per itinera commeare.

Sanè, si quis extra viam in fundo suo ramos putet, proclamatione opus non est; nisi transeuntem videat, ne dolose agat quia alter alienum ingrediendo fundum, sibi debet imputare, si casu lædatur, cum ei eo in loco commeandi Jus non competat, d. l. 13. ff. h. t.

#### §. PATEREA. 6.

Pergit Imperator exemplis declarare, quomodo aliquis propter culpam ex lege Aquilâ teneatur & Q. on stedi ut possit a Vione Legi Aquilæ conveniri, si curam alicuius infirmitatis, & a postea mortuus fuerit? R. certum esse, quod conveniri nequeat, si secundum præcepta artis suæ curaverit, quia evenit Mœtuitatis Medico imputari non debet, c. 19. de Hæritat. Secundum illud:

*Non est in Medico senex relevetur ne Eger?*

*Interdum docti p'u valet A se Malum.*

Et sufficit in Jure officium fecisse, quamvis tamen quis non semper assequatur, l. 36. §. p'u ff. Mandat. Manz. n. 2. Quod si verò Medicus curationem ægroti deseruerit, & propterea servus ægrotus decesserit, eo nomine Medicus ex Lege Aquilâ conveniri poterit, Text. *hic.* & l. 7. §. ult. ff. h. t. Ratio, quia curationem ægroti derelinquere, culpa est, Schneid. n. 2. Et hæc adeò vera sunt, ut, etiamsi salarium à paupere non percipiat, tamen curationem debeat absol-  
vere, quia, si pauperibus gratis inservire debent Advo. att. & Procuratores, ita quoque Medici. Guil. Obs. 43. n. 10. & plus debet valere vita proximi, quam amor pecuniæ, Schneid. n. 2. *hic.*

#### §. IMPERITIA. 7.

Imperitia quoque culpræ adnum-  
ratur, Text. *hic.* & l. Imperitia 232. ff.

de R. J. Quare, si ex impericia Medici mors infusa est, ut, quia imperitio secuti servum; vel perperam ei moti-  
camentum dedit, Medicus ex lege Aquilia tenetur. Et hoc non tantum procedit in Medico, sed etiam in Iudice, i. i. *Affessore*, *Advocato*, & quocunque artem proficiente & imperitiam eam exercente. *Schneid. n. 4* Illud notandum, quod ad hoc, ne mors infirmi Medico imputetur, IV. requirantur. I. Ne ex edat limites sue Professionis, quia culpa est, se immiscere rei, ad se non pertinenti, *l. Culpa est. ff. de R. J. II.* ut sit peritus in arte, eamque intelligat, qui Imperitia culpe adnumeratur *d. l. 132 III.* ut si diligens circa curam infirmi, *cap. ad aures X de astate, C. qui state. IV.* ut edoceat xgotum de his, quæ contraria sunt agendi suæ, *d. c. d. ad aures tit. V.* si concurrunt, & tamen mors superveniat, Medicus tutus est, etiam in toto conscientia, *Gail lib. 2. obs. n. 26.* ubi plura hinc de re scribit, nostri autem instituti non sunt.

## §. IMPETU. 8.

Si Mulus vel Equus mulos, vel equos iob imperitiam, vel virium infirmitatem, aut illorum impetum refrænare non possit, ita, ut servus lædatur, tenebitur ex hac lege. Ratio, quia culpa est, d. affectare, in quo scire, aut scire debet, operam suam aliis fore damnosam, *l. Idem Iuris 8. §. 1. ff. l. 1.*

## §. HIS AUTEM VERBIS. 9.

Quin hoc §. in quantum quis condem. a vi solvat, si ex Lege Aquilia conveniat? R. Imperator, quod reus non tantum duntaxat tenetur, quantum servus occisus, vel quadrupes occisa hodie æstimatur, sed quantum plurimum in ea rei æd. annis, retrosum numerando, fuit.

Unde scio, quod si ante 10. menses emerit equum 100 aureis, & is ante mensem sit affectus exous, ita ut ultra 20. annos non valeat, & hodie occidatur, hoc in casu occidens conveniri potest non solum ad 20. & ita ad pretium modicum; sed quantum hoc annis plurimum fuit equus aledque ad 100. *Text. hic. & in l. 21. ff. eod.*

## AD VERS. QUARATIONE.

Ex *Diffin.* inferitur, actiones legis Aquiliæ non esse tantum rei persecutoriam, sed etiam pœnalem, adeoque mixtam. Et quamvis contingere possit, ut res perempta toto anno non pluris valuerit, quam tempore occisionis, non tamen desinit esse pœnalis, quia propriam & primariam actionis naturam inspicimus, & secundum illam iudicamus, non secundum accidentale, *Almar. n. 7.*

## AD VERS. IDEOQUE CONSTAT.

Ex eo, quod actio Legis Aquiliæ pœnalis sit sequitur, eam ad hæredes non transire, quia pœnales actiones (*Regulariter*) ad hæredes non transiunt, *l. III. ff. de R. J.* delicta enim tenent suos authores, *l. 22. Cod. de Pen.* Quod tamen limitatur, nisi lis cum defuncto fuerit inchoata, aut aliquid lucri ad hæredes pervenerit, *l. 23. §. 8. ff. d. 1.* Ratio prioris est, quia Liti-contestatio est Quasi-contractus, ut hæres non tam ex Delicto, quam Quasi-contractu teneatur. Ratio posterioris, quia omnia lucra cum ab heredibus extorquentur, ne aliud scelere litescant, *l. un. Cod. de delict. defuncti n. 9.* ubi ait hæres ex Jure Canonico, secundum quod hæres teneretur exonerare conscientiam defuncti, obligari, damna, à defunctis illata, solummodo facultates condignè restituere, *arg. c. in litteris X de Inqut.*

## §. ILLUD

## §. ILLUD NON. 10.

Non duntaxat perempti corporis æstimatione in lege Aquilia habenda est, sed placuit ex *Interpretatione* hujus *Legis* ejus quoque æstimationem haberi, quod interest, id est, damni, hac occasione illati. Unde, si quis servum tuum instituerit hæredem, & is, antequam iussu tuo adisset hære heritem, si occisus a Titio, tenebitur Titius, præter corporis æstimationem, præstare damnum, quod Dominus sentit ex amissa hereditate, id est æstimationem hereditatis, quia in hac actione æstimatur omne, quod ullo modo interest. *l. 21. ff. de s. l. Idem Juris est*, si ex parimularum uenam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, habita ratione ejus, quod cetera corpora depretiata sunt, propter causas, corpori coherentes, si forte equi propter parilitatem lineamentorum, & coloris apertissimi ad quadrigam erant. *Perez. Inst. hic.*

## §. LIBERUM 11.

- 11 Q. in hoc §. utrū cum actione *Legis Aquiliae* concurrant etiam alie Actiones? Et *R. affirm.* adeoque, si quis servum meum occiderit, possum *civiliter* agere, puta, ex *Legis Aquiliae* ad emendationem damni, & interesse. Item *civiliter* ad vindictam publicam, *Text. hic. & l. 23. §. 9. ff. de s. l.* Etque ratio, quod ad diversos fines tendant istæ actiones; ut tamen accusatio ex *Leg. Cor. de Sicar.* competat, requiritur, ut servus dolò sit interemptus, *l. 3. Cod. ad L. Corn. de Sicar.* quia lex *Cornelia* requirit dolum. *l. In lege ff. de Sicar.* Unde, qui non dolò, sed culpâ quacunque (quæ in criminalibus dolò non comparatur *Jud. Pac. hic.*) servum occidit, lege *Cornelia* non tenetur, *l. 7.*

*ff. ad leg. Cor. de Sicar.* sed accusari poterit ex *Tit. de extraord. criminibus* ad pecnam pecuniariam, vel arbitraziam. *Schneid. n. 2.*

## §. CAPUT SECUNDUM. 12.

*Dicimus in principio Legis Aquiliae tria esse Capita; de l. egimus; II. exolevit; de III. in §. 5. seqq.*

## §. CAPITE TERTIO. 13.

Ex tertio capite legis Aquiliae vindicatur omne aliud damnum præter servi, & quadrupedis occisionem. Itaque, si quis servum, pecudemque alienam vulneraverit; vel, si quis talem quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, vel feram Bestiam vulneraverit, aut occiderit; vel denique, si quis res inanimatorum deteriorari reddiderit, utendū, frangendū, secandū, collidendū, effundendū, commiscendū, rumpendū, &c. ex hoc tertio capite ad emendationem damni tenetur. Unde apparet differentia inter primum, & tertium caput legis Aquiliae. Nam primum caput est de servo, & pecude occisâ. Tertium est de servo & pecude vulneratis. Item de non pecude, id est quadrupedibus quibuslibet, ut *ferâ*, vel *cane* occisus aut vulneratus. Denique de reliquis animalibus, ut *avisib.* aut *piscib.* vulneratis, aut occisus, nec non tandem de rebus quibuscunque aliis inanimatis, v. g. *supellestide*, *vinò*, *oleâ*, *arbusc.*, *segete*, *libris*, *vestibus*, &c. fractis, combullis, corruptis, &c. *Harp. n. 2. hic.* Porro cum in *textu* §. nostri illa legis verba, *ussertis*, *frangeris*, *ruperis*, &c. exprimantur, ille autem, qui vinum alienum ebibit, panem alterius comedit, &c. neque urat, neque frangit, neque propriè rumpat. Ideo Q. an etiam Actione *Legis Aquiliae* teneatur?

32. directa non; bene verò utili. Ita statuit l. 30 §. 2. ff. *de i. quin. Finum*, & *Panis* res sunt tales, quæ a Deo ad usum videntur esse conditæ, *Utrumque d. l. 30.*

#### §. ILLUD PALAM. 14.

Quemadmodum ex primo capite legis Aquiliæ ita item occisor tenetur, si dolo, aut culpâ etiam levissima, Homo, aut quadrupes occisus, occisive fuerit ita quoque ex tertio capite is denum tenetur, qui in dolo, vel culpâ fuit. Casum, planè fortuitum, ex hoc capite vindicari non posse, in propatulo est, quia, quæ ex improvviso casu accidunt, fato, non noxæ imputantur, l. 1. *Cod. ad leg. Cor. de Sicar. Manz. n. 1.* Illud notandum, quod ex tertio capite damnicifians non tanti teneatur; quanti res deteriorata totid. eod. anno: sed quanti in diebus 30. proximis, retrò numerandis, fuerit, ratio differentiz est, quia in primo capite major, in tertio minus damnum versatur, plus enim est occidero, quàm vulnero. *Manz. p. n. 3.*

#### §. AT NEC PLURIMI. 15.

Quantum in hoc tertio capite non addatur verbum *plurimi*; sed simpliciter dicatur *quantum*; prudenter tamen subintelligitur, sufficit enim, quod in primo capite eod. verbo plebs usæ sit:

#### §. CÆTERUM FIN.

13. Pro cognitione hujus §. sciendum, quod damnum, Injuriam datum, tribus actionibus videtur. I. actione *directa* II. *utili*, & III. actione *subsidiaria* in *factum*. Dicitur autem actio directa, quæ competit ex mente, & verbo. Utilis verò, quæ non constat ex manifesta mente, aut verbis legis, sed ex interpretatione ad iustitiam.

tatione; propter æquitate, & similitudinem rationis introducta est. *S. bond. num. 1. hic. & Harp.* licet ante nisi differentia inter actionem directam, & utilem quædam verba, quoad effectum tamen idem important, idem enim in quibus consequitur per utilem quod per directam, 47 §. 1. ff. *de Negot. gest.* Actio autem in factum, quæ datur tunc, quando neque ex mente, neque ex verbis legis, neque ex interpretatione Juris Consultorum actio datur; & tamen æquum est, actionem dari. *Manz. n. 7. Vide*, quæ in §. 18. *de act. scriptis.* II. sciendum, quod damnum triplici modo dicatur inferri; aliquando enim datur damnum de corpore in corpus, v. g. si manu tuâ occidas servum meum, vel de jicias eum de ponte in flumen, & suffocetur. Et hoc in casu datur directa actio legis Aquiliæ, quam tunc dari diximus, quando ex mente, & verbis legis constat; atqui constat sic per §. 9 & 14. b. s. ergò. Aliquando datur damnum in corpus de non corpore, v. g. si quis servum alicui, vel pecudem inclusit, ut fame periret, vel pecus ita exagavisset, ut præcipitaretur, vel alicui persuaserit, ut in puteum descenderet, & in descendendo mortuus, aut læsus fuisset. Et in hoc casu datur actio *utilis*: non directa Legis Aquiliæ, quia lex nihil expressè statuit, quæ actio detur, si à non corpore in corpus damnum datum sit; sed Juris-Consulti, ex præsumptis legis voluntate actionem dari voluerunt, quæ datur actio utilis. *Manz. num. 5.* Nota, in hoc ultimo casu etiam dari actionem in *factum*, principium enim est, ubi locum habet actio legis Aquiliæ utilis, ibi quoque actionem in factum sursum locum, sed non vice versa sicut ex casu sequenti patebit, ubi tantum datur

Cccc actio

actio in factum, & non legis Aquiliæ, neque directæ, neque utilis. *Schneid. num. 5.* Aliquando datur damnum de non corpore in non corpus, veluti si quis ex Misericordia liberat servum alienum, quem Dominus ad castigandum posuit in compedibus, qui posset. *ad l. i. ff. de vi. l. i.* Hoc in casu datur actio in factum,

& non actio legis Aquiliæ *directa*, aut *ut sit*, quia neque de corpore, neque in corpus damnum datum est, *Sub n. b. l. i.* cum tamen æquum sit, damificato actionem applicare, ideo Jura ei accommodant actionem in factum, quæ tunc, quando omnis actio deficit datur.

## TITULUS IV. DE INJURIIS.

### SUMMARI A.

- 1 *Injuria dupliciter accipitur.*
- 2 *Injuria definitur.*
- 3 *Si verba sint indifferentia, an censentur injuriosa?*
- 4 *Injuria tribus modis committitur.*
- 5 *Realis quomodo fiat?*
- 6 *Item quomodo verbalis?*
- 7 *An Injuriam inferens cum protestatione Honoris teneatur Injuriam?*
- 8 *An veritas excuset ab injuria?*
- 9 *An Injuriam verbalem alia verbalis liceat repellere?*
- 10 *Per quos patiamur Injuriam?*
- 11 *Quæ sit pœna Injuriarum?*
- 12 *Quæ dicatur Injuria atrocis?*
- 13 *De Injuria & civiliter & criminaliter agi potest.*
- 14 *Actio reculatoria qua dicitur?*
- 15 *An cum scriptis in concurrat?*
- 16 *Illustris Procurator per Procuratorem in criminalibus stare potest in Judiciis.*
- 17 *Explicantur modi, quibus Injuria solvitur.*

### AD PRINCIPIMUM.

**Q**UANTA de illi prædictæ species est Injuria, quod nomen varias Significationes habet, accipitur enim I. Pro om-

ni eo, quod non Jure fit, *hic & in l. 1. ff. h. t. II. Pro damno Tit. præced. III. Pro Injustitia*, quando Juxta inquam, & injustam sententiam pronuntiat. *Hoc 2* autem Titulo Injuria sumitur pro Contumelia, à Contemnendo sic dicta, & haud inconcinne *definitur*, quod sit *delictum privatum*, quo quis dolo malo, sive contumeliose Corpus, Dignitatem, aut Famam, & Existimationem alterius ledit. *Manz. §. 1. h. t.*

Dixi dolo malo, cum primis enim ut injuria facta esse dicatur, dolus interveniat, necesse est, nam in dolo & affectu facientis injuria consistit, neque sine consilio, & mente consilari potest, *l. 1. ff. h. t.* Quare neque is, in quem dolus non cadit, qualis est Furiosus, & Impubes: Neque is, qui dixit, vel fecit, quod per se quidem injuriosum est, non ex affectu injuriandi, sed potius animo jocandi, vel corrigendi protectum, injuriarum actione conveniri potest, *l. 3. §. 1. & 3 l. 13 §. Qua Jure potestatis ff. h. t.* Reus tamen probare compellitur, se, non animo injuriandi, id fecisse, vel dixisse. *Ratio*, quia dolus, & animus delinquendi præsumitur, in eo qui in re illicita est versatus, *l. Si non 5. Cod. h. t. Wesenb. in parat. h. t. num. 8 Gail. lib. 2. Obs. 106. n. 1.*

Quod

3 Quod si verba sint indiff. rentia, quæ possunt, & non possunt impartire injuriam, actus probare debet, injurioso animo prælatæ esse, *Hart. n. 9.*

Sed quid si Reus constanter dicat, se non dixisse injuriam animo; id autem neque conjectura, neque aliter probare possit, an ei Juramentum purgeturum? si, si poterit, sunt, qui id negant, sed alii eum agnunt. Ratio in prociavi est, siquidem, quæ in conscientia de animo consistit, non nisi Juramentum, probari possunt. Et ita practici, te laus Harp. n. 12. Gau. lib. 2. Obs. 35. n. 30.

### §. INJURIA. I.

4. Exponit hic Imperator, tribus principaliter modis Injuria fieri, Re scilicet, Verbis & Litteris. Omnes autem in modum ad alios Genera non incommode revocari possunt, ut omnis injuria dicatur, fieri aut Re, aut Verbis, l. 1. §. 1. l. 2. Hinc est, quod communiter D. D. Injuriam aliam dicant esse realem, aliam verbalem. Schneid. n. 3. Gau. 2. Off. 104. n. 4. Realis dicitur, quando Manus inferuntur, aut alio quodam facto Injuria intelligitur. Exempla in jus Injuriam Tit. 113. proponuntur.

¶ I. Est, quando quis *pulsatur, ubi be-*  
*atur, aut uacatur*, quia tales Aëus ce-  
dunt in Contemptum, ut non mirum,  
quod Inferosi dicantur.

II. Est, quando quis scias, me nihil mi debere, *netis vel scitis, se innocentem* in Positionem Bonorum meorum. Talis enim tenetur Injuriarum. *Quia*, quia me prostruit, esse pauperem, & non obediens. *Adm. n. 8.* diffamare attamen aliquem de Paupertate non namina Injuria est, Paupertas enim multum dominatur *Excl. antonem. Sabaud. num. 10 & c.* Dicitur: *scis, me scis nihil debere*. nam

si quis Inimicentiam petat à Judice in  
veri debitoris Bona, ille non peccat,  
sed Jure suo utitur. Jure autem suo  
utens nemini facit Injuriam, L. 55 ff.  
de R. J.

III. Est, quando quis honestam Familiam, & Matremfam. vel etiam prætextatum, vel prætextatam afflicto est qui tactus, nihilque on. vñ loquens aliquam frequenter insultatur, quocunque vadu vel pudicium attentaverit, hoc est blandis, & impuris verbis compellaverit, aut etiam ad flagitium invitarit, talis Injuriarum tenetur; quia tales Actus notam Soris incurrunt. *Alvar. p. 12.*

Daui *hominem* *facinorum*. Un le *Impi-  
um* n n tenetis, & p<sup>ro</sup>ph<sup>eta</sup> in d<sup>omi</sup>ni  
impuris Verbis attentaveris, quoniam  
Impis *Proditionem* nemo laetatur, ut  
ipse & *Manibus* & *Pe* *hominibus*  
*totius Corporis* *Membris* dudum in *Leviti*  
propulsum. *Mont. ibid.*

*Dico insuper: pretextatum, vel Pre-*  
*textatam, hoc est ingenuè vestitam, vel*  
*tali Habitu incedentem, qui Ingenuitatem,*  
*& Honestatem prae se fert. Schneid.*  
*n. 23. Unde, qui Matronam, aut Vir-*  
*ginem, meretricia? se ut intans, affici-*  
*tur, aut impuris verbis compellit, In-*  
*juriam non tenetur, l. 15. § 15. ff. h.*  
*t. sed sibi imputare debet, si ut Meret-*  
*rix, attenteat, quia talis quae se ha-*  
*minat, a quali Habitu repenat? bene.*  
*v. 22. Hic Example Injuriae facis, &*  
*quidem centena adducit Hesp. a n. 4.*  
*usque ad 70*

6  
*Verbis Imperia dicitur, quando Ma-*  
*nus non inferuntur; sed aut Voto &*  
*Dicto alicui Contumelia iniuritur, aut*  
*Scripto & Literis, l. §. 1. ff. de Vo-*  
*co & Dicto, quando v. g. aliquis Stulte,*  
*Fur, Rebus, & similibus, Hosti ordi. aut*  
*aliis rebus iniectis Nomen compellitur;*  
*vel etiam quando aliquis iniuratus dicitur.*



tamen, ut t. a verba *Arimo injuriandi* proferantur, Injuria enim in *Affectum* Injuriantis confidit. Unde si ad te, Crimen mihi obijcientem, dicam, *tu mentiris*, Injuriarum non teneor, quia non injuriandi animo facio, sed mei *Honoris* defendendi causa, quod autem ad defensionem corporis, & honoris sui facit, rectè fecisse dicitur *Schneid. num. 8. Gul. 2. Obs. 100. n. 3. Scripto Et Interdum e. dicitur ut in iura*, quando quis ad *Infamiam* & *Dedecus* alterius *Libellum*, aut *Carmen*, aut *Hysteron*, aut *Cantilenam* scripsit, aut composuit, l. 9. §. 6. ff. b. r. *Mauz. num. 22.* Ut hæc materia reddatur liculentiore, lubet aliquas *Questiones* subnectere. Itaque,  
 7. Q. I. an injuriam inferens cum protestatione, v. g. *tu mentiris*, salvo honore tuo, injuriarum teneatur? Affirmantium dogma commune est. Ratio, quia protestatio nihil operatur, r. *Sollicitudinem. 54. de Appellat.* at, hæc protestatio talis est, quia verbum injuriosum præcedens declarat, quod alterius honori parcere non voluerit, ideoque duo ruginæ conjungi, & per consequens talis protestatio, utpote æturi contraria nihil operatur. Ita docent *Gul. lib. 2. obs. 101. num. 2. Arama. exercit. 17. lib. 16. S. burtid. n. 8. l. c. Harp. num. 77. l. c. Et ad ff. de Injur. n. 7.*

8. Q. II. *quis veritatis convictus, quo nocens infamatur, excusetur?* Dixeris prima fronte, quod veritas criminis objecti ab injuria non excuset. I per l. Si non Cod. h. r. ubi sola criminis objecti veritas ab actione injuriarum nonninem excusat, nisi extra animum injuriandi illud objecerit.

II. Per l. 2. Cod. quando, Et quibus quarta pars? &c. ubi aperte scribitur quod veritas convitiis nullam præbeat excusationem.

III. Per c. Cum Aluifer E&c. Rele. pater 43 Q. 1. ubi dicitur, pravum animum relevantis rem sapere inquam, siue verum sit crimen, siue non.

Secunda Sententia, quæ docet, ob veritatem criminis aliquem ab injuria excusari, nititur his fundamentis: I. l. 18. ff. b. r. his verbis: *enim, qui nocentem infamavit, non esse laesum, equum, ob rem rem condempnare peccata enim nocentium iusta esse, Et oportere, Et expedire.*

II. Per l. 3. Cod. de Officio Restor. Prov. ubi Constantinus Imperator omnibus concedit potestatem, injustos, & maleficos publicè judicandi.

III. Per l. un. Cod. de famos. lib. ubi capitali poena punitur, qui crimen obiectum non probat, sequitur à contrario, quod non puniatur, si crimen probet.

Tertia Sententia rem *Distinctionis* ope componit, & ista sententia mihi quoque arridet, eamque suo munus patrociniis *Gul. l. 2. obs. 99. n. 1. Zoef. loc. cit. num. 8. Schneid. n. 14. Harp. n. 98 Gomz. var. Resolus. tom. 3. cap. 6. num. 2.* Resert nimirum, an Reipublice expediat, convitium ferri, an non expediat? si prius, non tenebitur, si probet illud, veluti si quis alium *latronem*, *furum*, *homicidam*, *adulterem*, *leprosum*, *leprosum*, *infamem* vocaverit Ratio, quia interest Reipublicæ, infamiam esse notatam d. l. 18. ut delicta puniantur l. 11. ff. n. l. leg. Aquil. & ne leprosi converfentur cum alijs, & ab iis morbos contrahant c. 1. x. de conjug. leprosi. & denique, infames ad dignitates sublevantur contra l. 1. de infam. Si posterius? veritas convitiis injuriantis non excusat; sed injuriarum tenebitur, veluti, si quis aliquem *pamperem*, *claudum*, *strabonem*, *lusuem*, *monoculum*, *loripedem*, *cacum*, *naurum*, *furdum*, *gubosum* nominaverit, vel

vel etiam crimen, jam punitum, alii cui, cui honor restitutus est, objecerit. Ratio, quia nemo debet alterius iniuriam detegere, cum defectus nostros detegit inhumanum sit, & injuriosum l. 2. Cod. quando, & quomodo quarta parti 21. atque secundum istam distinctionem in Camera Imperiali judicatum esse refert Gail. loc. cit. in fine.

9 Q. III an Injuriam verbalem liceat uti injuria verbali repellere? v. g. vocalli mulatorem, & ego, ate provocatus appellavi te furem, vel etiam latronem? Q. an cuilibet nostrum competat actio injuriarum? Vehementi conflictu in hujus controversie certamine inter se collidimur Ad. pugnandi causam præbent non levius dubitandi rationum momenta. Et quidem prima fronte dixeris, injuriam verbalem alia injuria verbali repelli posse, & per consequens neutri competere actionem.

I. Quia vita, & fama pari passu procedunt l. 9. ff. de manumiss. vend. sicut igitur ad defensionem vite vim vi repellere licet l. 3. ff. de J. Et J. ita quoque ad defensionem honoris injuria injuria retorquere, permissum erit.

II. Quia paria delicta mutua compensatione tolluntur c. fin. 2. de adult.

III Per l. 10. §. Quot v. ff. de Compensatione ubi dicitur, in omnibus delictis criminibus compensationem admitti, ex quibus ad poenam pecuniariam agitur; at, in judicio Injuriarum ad poenam pecuniariam agitur §. 7. h. s. ergo.

IV. Potest quis ad defensionem suæ Innocentiae ad alterum dicere: tu mentis: ergo poterit ipsum quoque furem compellere, quia æquè injuria est dicere: tu mentis, quam appellare furem.

V. Per l. 14. §. 6. ff. de Bonis libere ubi refertur talis casus: libertus patroni filium ob aliqua crimina accusavit

accusatus illa crimina in illum retorfit.

Q. an si in Patrum hujorum liberti possessionem, & Patre petere possit videbatur, quod non, ob d. l. 14. in fine ubi, qui libertum capitis accusavit, à possessione contra tabulas removeretur Sed æstimate ex hac subjuncta ratione, quia ignoscendum est ei, qui provocatus se ulcisci voluit. Ex quo patet injuriam retorfit, bene in toto torti esse in jumbilem.

Verum, ut sua hæc Rationes dubitandi mole non careant, mentem tamen, veritatis tenacem, non expugnant. Sed proinde, petreæ similis, pro Sententia, quæ injuriam verbalem injuria verbali negat repelli posse, adeoque in memorato casu, & statu Questionis utrique actionem injuriarum accommodat. Ita tenent S. luerd. n. 12. buc. Harp. n. 87. Gail. lib. 2. Obi. 100. n. 9. Bachov. ad Tronl. vel. pss. disp. 30. rh. ult. in fin. Probatur I. per l. Neganda. 19. Cod. de his, qui accusare non poss. Ubi Reus, vel accusatus alicujus criminis lite pendente accusationem retractare nequit. Ratio redditur in l. 3. ff. de publ. Jud. ubi dicitur Reum non relatione criminum sed innocentia se se purgare debere II. per c. Vement. 16. de Jure jur. ubi reciproca injuria invicem non compensatur; sed uterque injuriator obligationis vinculo obstringitur. III. Per rationem fundamentalem, quia omnis vindicta privata (regulariter) prohibita est l. Extat. 13. ff. quod met. caus. Jam verò, si ego, accepta verbali injuria, scissim tibi crimen objicio, hæc replicatio non ad defensionem, sed ad vindictam tendit. Neque enim per reciprocam criminis objectionem eliditur crimen, quod mihi objeceris, adeoque talis retorsio non videtur fieri ad defensionem, sed præcise ad vindictam, quæ concessa non est.

At ex hac ratione rux primigeni argu-

*mutatio*, licet enim vim vi repellere, Jura, & leges permittant; non tamen licet injuriæ retorsione uti: argumentum enim à defensione corporis ad defensionem honoris non procedit, quia termini non sunt pares. Pro vita enim tuenda agitur de vi, ne viat, & sic vis vi removeri potest, sed injuriæ verbali agitur de vi, ut etiam licet illa, non potest removeri, & per consequens non ad defensionem, sed vindictam videtur fieri.

Secundum argumentum etiam patet, aut nihil exiit, quia si lud procedit, quoties etiam circa idem factum committuntur, veluti mutuum adulterium uxoris & mariti, idem Matrimonium concernit, & ad eundem finem civiliter agitur, scilicet ad dissolutionem Matrimonium, quoad thorum & mensam, & hereditatem dotem; fecerit si sunt diversa facta, ut in d. l. *Nepula* 19. Atque hic sunt separata injuriæ, & versantur circa diversa facta, nec injuria prosequendo propulatur. *Schneid. de ut.* Aliter *g. Harp. n. 92. hinc ubi ut in l. c.* singulari Matrimonii favore receptum, ut mutuum uxoris, & mariti adulterium mutua compensatione tollatur, ac proinde, ad consequens non producendum, l. 14. *f. d. l.*

Ad III. *g.* nam ibi dicitur duntaxat, quod compensatur, & pretiæ pecuniariæ liquidæ cum alio debito liquido fieri possit; & *per nos* autem nos facti ad actum conpensationem dati.

Ad IV. *g.* *on. aut. n. p. casu*, etiam quando quis dicit *in mentem*, agit et ad defensionem, ut repellat delictum obiectum, & necatur in effectu, quod dictum est, ad usque non tenet ad vindictam. *S. hinc n. 12. hinc Almer (pato)* sic *g.* potest quod in casu, quo ego videlicet *namque* obiecto, v. g. *ut v. n.*

vel *fieri*, recte aliquem furum, vel latronem appellat, quod non tendit ad defensionem honoris mei, sed præcisè ad vindictam. In casu autem, qui dico, tu mentiris, crimen facti eidem non impingo, sed me defendendo, quando autem latronem, vel furem te compello, videntur ista verba, exaggerandi duntaxat mendacem causam, a. 17. *Et.*

Ad V. *g.* in *l. c.* l. 14. §. 16. hoc tantummodo statui, quod propter retorsionem criminis in eo non puniatur, ut amittat bonorum possessionem. Non vero statui, immunitem ab injuriarum judicio. *Harp. n. 95.* Deinde *retorsio*, sive *reaccusatio* ideo ubi in casu l. 14. §. 19. concessa est, quia reaccusator ut pote locus criminis, accusare non potuit. l. 8. *f. de a. casat.* Sanè, licet provocatus alteri injuriam intulerit, utenit iure retorsionis, & sic injuriarum, teneatur; maritus tamen puniri debet, quàm provocatus & propter justum dolorem, quem compellere, & temperare difficultimum est, ut omnes sent. DD. *Gul. loc. cit. n. 10. Harp. n. 79.* & ista pro hac *controverfia* sufficiunt.

#### §. PATITUR AUTEM. 2.

Q. in hoc §. *quidam*? *Et per quos injuriam patitur* & *g.* Imperator, quod aliquis injuriam patitur, vel per se ipsum, v. e. per alias personas. Per se ipsum, etiam immediate, seu directè ipsi Patri, m. aut Matrisim, sive præsentis sive absenti injuria inferitur. Per alias personas, cum alteri quidem injuria inferitur; sed in eam per consequens iam reat, ut & ibi in (quodam saltem) contingit. Sic per *hinc* dicitur quis injuriam pati, cum illa videtur liberis meis, in potestate constitutis, uxori meæ, vel sponsæ meæ, vel nurui, vel talaveri, aut famæ defuncti, cuius ego heres

hæres eram. Ratio horum non omnium est, quia spectat ad nos & nostram exaltationem injuria, quæ his fit, qui potestati nostræ, vel affectui nostro subiecti sunt, l. 1. § 3. ff. h. t. Harp. n. 1.

Dixi: in potestate constitutus, si enim emancipati sint liberi, aut naturales, aut spiritus, iisque injuria fit, ad exaltationem nostram spectare non videtur, cum nemo tales liberos in potestate habeat. Monz. n. 6. § 7.

Dices: sic per sponsam sponso non fit injuria, cum eam in potestate non habeat. R. Ideo sponso per sponsam injuriam fieri, quia quasi eadem persona videntur, inquit conjugis, & mariti, can. 8. c. 3. 1. Q. 2. licet non de presenti, tamen de futuro, quatenus cingendus habetur pro cincto.

#### AD V. ITAQUE.

Contingit aliquando, ut ex una injuria tribus personis detur actio, fac enim, uxoris mea filia sum. injuriam factam esse. Hoc in casu, & Marito, & uxori, & Patri uxoris, in cujus potestate adhuc existit, competit injuriarum actio, text. hic. neque ullius actio per aliam consumitur, sed quisvis suo nomine experiri potest, l. 1. § fin. ff. h. t. Schneid. n. 12. Uxor tamen injuriam, marito illatam, vindicare non potest, defendi enim uxores a viris, & non viros ab uxoribus, æquum est, l. 2. ff. h. t. Secus est de sorore, hic enim pro injuria, nurisuxæ facta, agere potest, modò si- lum adhuc in potestate habeat. text. hic.

Ex dictis colligunt DD. quod Abbas pro Monacho, & pater pro Charico, civitas pro ci. & frater pro fratre, confanguineus pro cui, in quibus injuriarum agere non possit, cum certe, & determinatæ sint personæ propter quas ex injuria eis illata, alteri actio injuriarum

civilis quæritur. Ergo non extendendum ad consequentias, arg. l. 14. ff. de li. Harp. n. 30. Dixi civis, criminaliter enim, sicuti quilibet extraneus agere poterit, sic frater pro occiso fratre criminaliter agit. Schneid. n. 15.

#### §. SERVUS. 3.

Domino, ratione dominiæ potestatis, pro injuria servorum, actio injuriarum competit in duobus distinctis casibus I. quando atrox injuria servo facta est, ut qui acriter verberatus est, vel vulneratus. II. quando servo injuria illata est in contumeliam Domini. Extra istos casus Dominus injuriam servo illatam, persequendi Jus non habet; sed, ne maleficia impunita maneant, in reliquis casibus Judex injuriantem ex officio punire potest, l. 15. § 3. ff. h. t.

#### §. SI COMMUNI. 4. CUM §. SEQ.

Ad istos duos. §§. commentari operæ pretium non est, utpote de servis tractantes, proinde vide alios.

#### §. SED SI LIBERO. 6.

Id ipsum, quod hoc §. continetur, inutile est; illa tamen non abs re poni poterit.

Quæstio: an pro injuria illata servis, sed liberis hominibus, qui pro mercede servantur (veluti famuli, procurator mercenarius, &c.) illi, cui servantur, vel cuius negotia gerunt, competat actio injuriarum? R. quod sic, si videlicet tunc ipsis injuria inferatur, dum exequuntur officium, & gerunt negotia domini, quia representant personam domini, & per consequens injuria ipsis in contumeliam domini illata esse censetur. Schneid. num. 2. Arana, disp. 24. th. 22. Harp. num. fin. hic.

#### §. POS-

## §. POENA. 7.

**I**n hoc §. quæ sit poena injuriarum? Olim ex *Leg. XII. Tab.* propter membrum ruptum, poena erat *Talis*, id est, hecbat illi, cui membrum ruptum esset, utaliquid, ut rem membrum rumpere: propter os vero fractum, percussumque nummaria poenæ erant constitutæ, ob reliquis autem injuriis tantum erat poena 25 *asini*. Verùm Prætores postea poenam hujusmodi minus dignam judicantes, abrogarunt eandem, & permisissent, ut in uriam passus eam assumeret, æstimatum Judex æquo & bono augetet, vel minueret secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem. Et, si Reus convectus solvendo non sit, Judex poterit poenam Pecuniariam in corporalem convertere juxta tantam paræmiam, quinon habet in ære, lux in pelle, *l. fm. ff. de in Jus vocand. Schneid. n. 8.* Illud tamen certum est, quando quis uno impetu plura verba injuriosa dixit, unam solummodo injuriam esse, *l. 15. §. 4 ff. b. t.*

## §. SED ET LEX CORNELIA. 8.

In superiori §. explicatum fuit, quomodo ex Jure prætorio vindicentur injuriæ? in hoc vero §. ostenditur, quomodo de Jure civili? De Jure autem civili propter injuriam realem in tribus tantummodo casibus ex *Leg. Cornelia* injuria vindicatur, scilicet tunc, quando quis pulsus, vel verberatus est, vel quando domus alicujus vi est intrusa, *Text. b.*, & in *l. 5 ff. end.* non autem interest, siue domus ea alicujus sit propria, siue aliena, & mercede conductæ, siue gratis concessæ, imò amplius, si quis Hospitio tantum receptus sit, in omnibus enim casibus turbatur quæta Habitatio. *Mantz. num. 2. & 3. Exra*

*illos tunc Casus* omnis actio Injuriarum prætoris est, quam prætoriam æstimationem etiam in istis tribus casibus intentari posse, dubium non est, sed, vice versa, actio civilis non potest exura istos casus moveri. *Schneid. n. 1.*

*Dices*: quid prodest actio civilis ex lege *Cornelia*? nunquid superflua est, quoniam sufficit actio prætoris? *æ.* ad hoc prodesse, quod actio civilis sit perpetua. Prætoris verò annualis & hoc ex Theoria universalis, quia videlicet remedia civilia plerumque perpetua, id est, 30. annis durant, prætoris verò per annum, uti *infra de perpet. & tempor. act.* videbimus, *Mantz. n. 9. & Myusing cent. 5. obs. 7.* ubi ait: ita judicando observatum esse.

## §. ATROX. 7.

Duplicem ob *Causas* Imperator in hoc §. declarat, quæ sit atrox Injuria. Prima quidem *Causa* est, quod ea gravius puniatur quam levis, *l. 16. ff. de Pan. Secunda*, quia quibusdam Personis actio Injuriarum non datur, nisi pro atroci Injuria, §. *Servis 3. b. t. Schneid. n. 2.* hic. Injuria autem atrox dicitur, & fit <sup>12</sup>tribus principaliter Modis, puta ex *Fausto*, ex *Loco*, & ex *Persona*. Ex *Fausto* fit injuria atrox, si quis ab aliquo vulneratus, vel sustibus cæsus sit, vel os, seu facies, alicui percussus, *l. 7. §. fm. ff. b. t.* Ex *loco æstimatur*, & redditur Injuria atrox dupliciter. I. ex loco corporis, ut si quis violeatur in oculo, in quo injuria facta gravior est, quam in quacunque alia corporis parte. II. ex loco extra corpus, ut si quis in loco publico, puta in *Theatro*, aut in *Foro*, aut in *Templo*, aut in conspectu Judicis Injuriam accipiat, *text. b.*, & in *l. 8. ff. b. t.* Ex *persona*, quando Magistratus a Subdito, Patris a Filio, Patronus a Liberto, Præceptor

*est à D. si puto: vel Vro, in P. gustate*  
 c. Vocatus, ab abj. *He fort. Persona Inju-*  
*ria interitur, l. 7. §. 2. 3. Et ult. ff. h. t.*  
 Has tres species *Porta* ita canit:

*Hà tribus ex causis injuria dicitur atrox*  
*Facti, Personæ, vel ratione Loci.*

### §. I. N. S. U. M. M. A. 10.

**13** Quomodo ad aliis *privatis delictis*, ita & de *Injuriis vel criminaliter*, vel *civiliter* agere licet, *Text. hic & in l. 7. §. 6 ff. de Injur.* *Civiliter* autem quis dicitur agere, quando actor injuriæ maculam, sibi inusitam, altimat, ac certam pecuniæ quantitatem, *Pana loco*, Reo imponi, sibi que (salva tamen *Moderatione*, & *Taxatone* *Judicis*) adjudicari petit, v. g. si in libello dicat: *se in ille cavere 1000. ff. quoniam talium injuriarum pater* *Judex* autem solum injuriæ æstimationem moderari, & taxare, ac den *injuriæ* *desert. Juramentum*, ut juret, quod l. injuriarum sibi æstimet. Quo prælitato, sequitur deinde actio ad summam jratam, prout in taxatione expensarum receptum est *Gul. Obs. 102. num. 10 Et 11.* quod si injuriatus a *taxato* in eo *Judicis* jurare nolit: forte quod l. *Judex* minus, sua opinione & per *tionem* injuriarum æstimaverit, p. *terit* *Ju* *lex* sub *commutatione* *absolutoria* *Sententia* *Ju* *ramenti* præstitutionem injungere, *Gul. num. 11. loc. cit. Harp. n. 1.* *Criminaliter* agere tunc quis dicitur, quando quis, commissa æstimatione, petit, simpliciter, Reum puniri. Et tunc pena arbitraria est, adeo ut *Judex* possit Reo imponere vel penam corporalem, pro qualitate, & atrocitate facti, vel pecuniariam, applicantem *Fisco*. *Schneid. n. 1.* Porro, quamvis, ratione injuriæ, agi possit *civiliter*, & *criminaliter*; hoc tamen *Limitatur*, procedere non *cumulatione*, na ut una intentata alteram tollat, l. 1.

*Res ad Institut.*

*Cod. quando Civil. Actio crimin. præjud.* Ratio, quia utraque ad vindictam comparata est, & neutra rem familiarem, seu damnum pecuniarium concernat, *Harp. n. 18.* concurrentibus autem pluribus actionibus, ejusdem rei nomine ad idem, una tantum quia experiri potest, l. 43. §. 1. ff. de R. l. Manz. n. 8. Sanè si actio civilis & criminalis tendant ad *diversas* illa ad *Persecutionem* vel *familiarem*, altera ad *Vindictam*, tunc una per alteram non tollitur, l. 7. §. 1. ff. h. t. unde, si actor egit injuriam civiliter, pro injuria reali atroci, poterit etiam contra eundem agere ex l. *Aquil. ad emendationem* *Damni*. Et *Interesse* &c. alia quippe est æstimatio damni, alia contumeliæ. *Schneid. n. 2. Wesenb. aspirat. b. t. n. 14.*

*Præter* duas præmissas actiones est **14** hodie & alia in usu, quæ vocatur *Actio reculatoria*, sive *Actio ad Panem*, *ausf. einen Widertruff*, per quam quis petit, ut injuriarum injuriam verbalem falsam publice in *Judicio* revocet, *recantet*, honoremque reituat, & veniam roget. *Harp. n. 63.*

De hac actione dubitatur, an illa cum, *actio* *injuriarum* ad æstimationem *cumulari* possit? Subdum (ut *perspue* loquar) in eo veritur, utrum *Actio reculatoria* *criminalis* sit, an *civilis* *Actio*. Nam, si *criminales* esse, dicas, notum est, cumulationem non habere locum, cum utraque actio ad vindictam spectet. Quo stante, una alteram absorbet, uti dictum. Et quidem, hanc actionem *criminales* esse multi sunt, qui autem.

Verum communiter, imò etiam in *Camera Imperiali* receptum est, illam esse *civilem*, Telle *Gul. lib. 1. Obs. 61. n. 8.* Ubi ait *quotidie* *libellos injuriarum* in *Camera* recipi ad *Panem*, qui recipi, & *missi* non possunt, si *criminalis*.

D d d d *Judi*

*in iudicium effert, seu, cum, vigore Ordinationis, nulla causa criminalis (excepta fracta Pace) ibi agitari possit. Harp. n. 64. & seqq. Manz. n. 11. accedit, quod in actione recantatoria admittatur Procurator, Teste Mynsing. cent. 2. Obs. 9. & ad hunc §. in criminalibus autem iudiciis neque ad agendum, siue persequendum, neque ad def. nendum (regulariter) Procurator admittitur, l. pen. §. 1. ff. de c. Tit. 5. de de procer. S. Hamb. loc. v. Questio prima.*

Non refragatur, quod actio recantatoria infamans, ea propter criminalis dicenda sit. Quia Secundario duntaxat infamat, non primario, principaliter enim ad honoris restitutionem agitur. Sic actio Depressus etiam civilis est, & tamen, ex ea condemnatus, fit infamis, l. 6. ff. de his, qui not. infam. Schimb. hic. Idem hic de actione Tutela, pro Socio Mandatis &c. quæ omnes civiles sunt, & tamen infamant. Harp. n. 71 hic. Accedit, quod actio ad Palmosiam, juxta multos A. A. apud Harp. n. 109. non infamans, ex ratione, quia in Constitutione Carolo V. inducente hanc tertiam A. J. nem, nulla sit mentio de Infamia Macula, vide quoque Hum. ad Trusl. vol. 2. disp. 30. Q. 46. Ex dictis, veluti fonte, fluunt, actionem recantariam cum actione injuriarum æstimatoria cumulari posse, nec ab una alteram consumi. Illa enim ad Restitutionem Fama & Honoris, hæc ad Vinibham tendit Schimb. d. loc. v. Questio secunda. Et, cum ista actio civilis sit, (uti ostendimus) sequitur, iam non unius anni spatium circumscribi, sed perpetuam esse, prout sunt omnes actiones civiles. S. Hamb. loc. cit.

#### ADVERS. HOC VIDELICET

Q. in hoc v. adriam actionem injuriarum licet agere per Procuratorem perso-

nam, vel Reo per Procuratorem suscipere? R. cum Diss. si civiliter agatur, Procurator omnino admittitur, l. 11 §. 2. ff. b. s. si verò agitur criminaliter, Procurator (regulariter) non admittitur. Ratio, quia poena injuriæ arbitraria est ut Juxta penam quonque corporis afflictam, imponere possit: quo in casu iudicium redderetur elusorium, Sententia enim neque in Persona rei, neque Procuratoris Executioni mandari posset. Non rei, quia absens est, vix enim, ad penam corporis sustinendam, comparebit. Gail. 1. Obs. 109 non Procuratoris, qui is innocens est, & delicta tenere debent suos Autores, l. 22. Cod. de Pen. Manz. n. 14.

Excipitur Persona illustris, quæ actio in nem injuriarum, etiam criminaliter intentata, per Procuratorem suscipere potest, Text. hic & l. fin. Cod. b. s. Ratio exceptionis, & hujus Privilegii forte ista est, ne facie id generis personæ infamie macula imbutur. Harp. n. 92. Et quamvis, d. l. fin. Cod. b. s. discretè caveat, etiam in hoc casu sententiam ferri in principem, non in procuratorem, id ipsum tamen in praxi non observatur, sed, quia condemnatus ex actione injuriarum live civiliter, siue criminaliter intentata, fit infamis, l. 1. ff. de his, qui not. infam. ideo sententia, ad evitandam infamiam, plerumque in Procuratorem fertur. Gail. 1. Obs. 111. num. 2. & 3. juxta Regulam: Infamiam effugis, qui alium suo, loco supponit. §. 1. Inj. quib. ex cens. manumit. Manz. n. 20. nec id procuratori nocet, quia, condemnatus alieno nomine, non redditur infamis, l. 6. §. Si quis alieno ff. de his, qui notantur infam. Unde Schneid. n. 31. Cautelam proponit, quomodo qui in actione injuriarum, civiliter intentata, evitare possit? videlicet, eam suscipiendo per Procura-

Procuratorem, quia, ut quis fiat infamis, requiritur ut præsens in Judicio condemnatur, §. 2. *infra de Pen. temerè litig. Schamb. v. Observa.* Illud notandum, juxta modernum *filium* raro infamiam incurrit, etiam si quis nomine proprio ex injuria condemnatur quia plerumque reservatio Honoris sententiæ adjicitur: *dass ihm solches an seinen Ehren solle unantheilhaftig seyn. Gatl. I. Obs. 65. num. fin. Manz. num. 21.*

### §. NON SOLUM. II.

Non solum is, qui fecit injuriam, v. g. qui percussit, vel convitium alteri dixit, tenetur injuriarum, sed etiam ille qui mandavit, *Text hic. & fol. l. 11. ff. h. s.* Ratio, quia *paria sunt facere, & mandare*, & qui facit per alium, per se ipsum fecisse, intelligitur. Idem est, si quis alios conduxerit, ut in alterius contumeliam cantilenas cantent, aut verba injuriosa spargant.

### §. HÆC ACTIO FIN.

- 17 Diximus: *quid sit injuria, & qualiter inferatur? Q. mo to, quabter tollatur?*  
 18 I. quidem tollitur injuria *Disimulatione*, si nimirum alicui inferatur injuria, ilque eam non statim ad animum revocet, nec pro injuria reputet; sed rideat, & non curet, ita ut appareat, sibi non displicere, quod factum. Quo in casu ita tollitur injuria, ut per dissimulationem eam semel remissam, postea, ut maximè velit, ex prænitentia recolare nullo pacto possit, *l. 11. §. 1. ff. h. s. eò quòd volenti non fiat injuria, c. 27. de R. J. in 6. l. 154. ff. rod.* Hinc benè faciunt, qui injuriati libello infamant, se injuriam confessam ad animum

revocasse, *dass er alsobald die Schmach an Gemurbe gezogen. Manz. num. 2.* Actus autem familiaritatis, & dissimulationis censentur isti, si *injuriatus rideat, ludat, motu proprio edat; & bibat cum injuriante, amice salutes, manum porrigat, osculum prabeat, &c.* Ratio quia tales sunt id genus actus, qui inter amicos tractari solent, *Manz. n. 4. Schneid. n. 3.* Sanè, si quis statim injuriam ad animum revocaverit; licet postea injuriantem saluter, vel ei dexteram porrigat, vel edat, aut bibat, non tamen propterea injuriam, sed rancorem præsumitur remississe. *Harp. n. 1 & Schneid. hic.* Item, si quis actum familiaritatis ad alium finem, & persunctoriè fecerit, vel, honoris causa, eum omittere non potuerit, injuriam remississe, nequaquam intelligitur, v. g. fac. post injuriam injuriantem, & injuriatum, ad idem convivium esse invitatos, & positos ad unam mensam, hoc in casu per actus familiares injuria remissa non intelligitur. *Schneid. num. 3.* Unde solent aulici (inquit. *Harp. loc. cit.*) poculum injuriantis Jure aulico accipere, hoc est, citra præjudicium injuriæ. II. Tollitur Injuria *Præscriptione*, sive lapsu *annorum*. *Ann. l. 5. Cod. h. s. III. Per Juramentum*, delatum Reo, qui jurat, se non fecisse, sed vel Joco, vel calore *Iracundie*. IV. Per *Mortem* injuriantis, vel injuriati ante litam contestatam, *l. 13. ff. h. s.* actiones poenales ad hæredes non transeunt, §. Non autem. 1. *de perpet. & temp. adf.* Dixi ante litam contestatam, quia, si lis cum defuncto contestata sit, actio perpetuatur, & instantia litis in ejus hæredes transferretur, *l. Injuriarum. 12. ff. h. s. Harp. n. 77.*



## TITULUS V.

## DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI-DELICTO NASCUNTUR.

## SUMMARI A.

- 1 *Imprudentia est Quasi delictum.*
- 2 *Medicus, imperitè curans, verè delinquit.*
- 3 *Quantenus quis teneatur de Delicto, & effuso?*
- 4 *Et quis teneatur?*
- 5 *De suspensio quando quis teneatur?*
- 6 *Exercitor. & Campo quantenus teneantur?*
- 7 *An inuicem cogi possint, scilicet Hospites?*

## CONNEXIO.

**I**N § *supra* de Obligat. dictum est omnes Obligationes aut ex Contractu, aut ex Quasi Contractu; aut ex Delicto, aut ex Quasi delicto, nasci. De tribus spectabim hucusque egimus, sequitur de quarta & ultimo. Quali autem delictum est factum quoddam, cui nec verus dolus, nec vera culpa causam dedit, seu quod sit absque vero dolo, & vera culpa; lex tamen fugit, vel supponit, esse culpam, Schamb. Res exemplo fiet clarior.

## AD PRINCIPIMUM.

- 1 *Prima species Quasi delicti est Imprudentia Judicis, male judicantis.* Nam si Judex imprudentiam, vel imperitiam male pronunciat, tunc hanc suam facit, hoc est, in tantum parti læsæ tenetur, in quantum alteri Jus dicere æquum videbitur, Text. hic. & in l. 132. § *ff. de O. & A.* Ratio quia impericia annueratur culpæ, l. 1. §. 1. ff. R. l. *Menz. n.*
- 2 *Ratio autem, quare dicatur quasi delictum, assignatur in textu, & desumi-*

tur à sufficienti partium enumeratione, quia non est contractus, nec quasi contractus, nec proprium delictum, ergo est quasi delictum. Non contractus, vel quasi talis, quia contractus a Jure est permissus, imperire autem Jus care non licet. Non proprie delictum, in a dolo caret, siquidem persuasum habet, quod optimè iudicet, ita ut propter bonam hanc persuasionem verè delinquere non intelligatur. Harp. n. 4.

Dicit, Medicus, per imperitiam male curans, verum committit delictum, & conuenitur ex lege Aquilia, §. 7. *sup. de leg. Apul.* ergo & Juslex, male judicans. R. varios viros dare differentia rationes: placet ista, quia Medicus artis suæ peritiam proficitur, Judex verò non professione Jurisprudentiæ, sed publicis autoritate constituitur, etiam invitus. DD. ad l. 17. *Cod. de Jud.* unde communiter dicitur, Judicis officium, utpote publicum, esse coactum, Medici, vel Chirurghi magis voluntarium, Schamb. hic. ubi ait: *de hac Quæstione, multum disputare, esse frustraneum, cum Jura Consultorum Medicorumve erroris vox nunquam in iudiciis vocentur.* Juslex profecto, quoniam nullus foret finis finis.

Q. tamen quomodo vocetur hec actio, quæ contra Judicem imperitè judicantem, datur §. ab aliquibus vocari actionem ex Syndacatu: à nonnullis actionem male judicanti; ab aliis actionem in factum. Tu de nomine non te multum angas, si ne illam baricizari, ut velint, si fiat tibi, quod sit actio prætoria in factum, quæ

quæ dant ei, qui per suam mentem Judicis, ex imperitia sua eum iudicant, laesus est, ad verum cum, ut dominum laeso solvat, in quantum reus non a veri iudicii videretur, considerato errore, & impetentia in eo iudicantis. Non si erravit in lege tamen gravius patitur, quia si in lege deficiat, aut obscura errat. *Mantz. in. 16.*

Hactenus ista procedunt, si per *imperitiam* in de iudicaverit, quia, si iudex dolo malo, scienter, & ex proposito, vel etiam per contumaciam, favore, odio, vel timore corruptus perperam Jus dicit, verum, & proprium delictum committit, & severiori poenâ subicitur, *l. fin. Cod. de pen. iud. qui male peca. scilicet*, ut facere quatur *dependum*, & veram iuris ei, quem laesit, gratior estimacionem, *l. 1 §. 1. Cod. de iud. l. imò* juxta Auth. *Novo Jure Cod. d. t. si pecunia corruptus sit*, & causa pecuniaria sit, dati triplum, promissi duplum Magistratui restituere tenetur dignitate, & cingulo amissis: si verò causa criminalis fuerit, confiscatis omnibus bonis, in exilium mittetur. *Schamb. hic.*

### §. ITEM IS. 1.

Secunda, Quasi-delicti species est *Dejectio*, vel *Effusio*, ex cænaculo facta. Nam is, ex cujus cænaculo vel hypocausto, cubiculo, vel alio conclavi, aut parte domus superiore (sive domus ipsa propria ipsius sit, sive conducta, sive gratis ad habitationem concessa) lapis, tegula, vel aliquid simile in plateam, vel locum, quo vulgo itur; dejectum, vel aqua, oleum, aut urina, effusum fuerit, ita ut prættereunti in corpore, vel vestibus nocuerit, ad duplum damni dati ex quasi delicto tenetur. Dixi *ex cuius cænaculo*, quia si ipse habitator facit, non ex quasi delicto, sed ex vero

delicto, lege Aquilia tenetur; quia in vera culpa est. *Ulp. in. 2. S. h. n. b. h. c.* Ratio hujus potest esse, quia publice interest, vias publicas, salvas & ab omni periculo liberas esse: sic ergo effundentes, vel deicientes geminato peccant, bonum publicum & hominem privatum laesendo. *Mantz. in. 2.*

Sed, cur dicitur, quod inhabitans, ex quasi delicto tenetur? Ideò, quia plerumque ob aliorum culpam tenetur, puta, servorum; aut liberorum hominum, aut aliorum domesticorum, qui improbi, aut incauti fuerunt, *text. hic.*

Sed, utro ais, quare inhabitans ex alterius delicto tenetur? Ideò, quia inhabitanti semper culpa imputatur, vel enim domestici, vel hospites lescientes nocuerunt. Si domestici? inhabitans in culpa est, quod tales personas in rebus retineat, qui ita impruenter operantur. Si peregrini, & hospites? debuit eos admonere, ne incaute quid deicerent, aut effunderent, quo non facto, culpa non vacat.

Sed quid, si monuerit, & tamen peregrini, sive hospites quid dejecerint? Et tamen tenentur? Non qui levi ex culpa, utpote cessant; sed hac ex causa, quæ specialis est, cur ex alieno delicto innocens tenetur, quia nimirum publice interest, sine metu, & periculo periclitari commeari. *S. b. in. 1. Mantz. in. 2.*

Dixi *contra inhabitantem ex hoc Quasi-delicto agi*, quia contra dominum ælium hæc actio in *factum* non datur, *l. 5. §. Hac in factum, 4 ff. h. t.* Dicitur autem *inhabitans*, qui in sua domo, vel in conductâ, vel etiam *gratis concessâ* habitat. Hospes non tenetur, *d. l. 1. §. pen. Schamb. hic* poterit tamen inhabitator per rationem in factum ab hospite, qui delictum dedit, vel recuperato.

quod propter ipsius effusionem præstare coactus est, *l. si vero 2. §. 4. ff. de hu, qui de, re, vel effud. Schneid. num. 5.*

- 4 Quid si plures in tali cœnaculo, vel domo habitent? R. cum *dyon.* aut plures in eadem domo, & eodem cœnaculo æqualiter, & pro indiviso habitant, & tunc, si constat, quis dejecerit, is solus tenetur, quia poena suos debet tenere authores, *l. 22. Cod. de Pan.* si non constat, in dubio omnes tenentur, & quislibet in solidum, *l. 1. §. fin. ff. de hu, qui dejec.* Et uno tamen solvente, ceteri liberantur, & is, qui solum solvit, adversus reliquos pro rata agere poterit, *l. 4. ff. eod.* Aut sunt plures habitantes in eadem domo, sed in separatis, & distinctis cœnaculis, & tunc actio in eum solum in solidum dabitur, unde dejectum, effusumque aliquid fuit, *l. 5. ff. eod. Schneid. n. 7.*

#### AD VERB. OB HOMINEM.

Vidimus, qualis sit poena in eos statuta qui desiciendo, aut effundendo nocuerunt rei, quæ estimationem recipit.

Jam Q. quid Juris, si liber homo, qui nullam estimationem recipit, occidatur, vel ei noceatur? R. si liber homo occisus sit, quod sc. autens, poenæ nomine, solvere oportet. Si verò duntaxat vulneratus fuerit, tunc de Jure communi certa poena non est expressa, sed condemnatur Reus in id, quod Judici, æquum esse, videbitur, præterque poena est arbitraria. *Mantz. n. 16.* Debet autem Judex computare mercedes, Medicis præstinas, ceterosque sumptus, & impendia, quæ in curatione facta sunt. Item denique operas, quibus latus illo tempore caruit, & quibus impofterum, ob membrum aliquod fortè perditum, cariturus est *scilicet. hic. & in l. fin. ff. de*

*hu qui dejec. vel effud.* Sed an Cicatrix, & Deformatio etiam sit habenda ratio? *d. l. fin. id negat.* Quod volunt procedere in *Mascula*, non etiam in *Femina*, quia his deformitas magis nocet, quàm illis, vide *Mantz. num. 19. Schamb. v. Quæres.*

#### AD V. CUI SIMILIS. §.

Tertia Quasi delicti species est, quando quis eo loco, quo vulgo itur, *suspensum quid habet*, vel positum, quod facile cadere vel alicui nocere potest; tunc enim, licet adhuc nulli nocitum sit, cui libet de populo actio prætoris in factum datur ad poenam 10. Aureorum, quia ipse metus à Prætoris punitur, & melius est in tempore occurrere, quàm post vulneratam causam remedium quærere. Dixi *facile*, quia, si ita sit positum, ut prætereuntes nocere nequeat, non tenetur, *l. 5. §. 11. ff. de h. l.* Unde mulieres hoc modo, ne facile cadant, viridaria in ollis ante fenestras licitè habere possunt, *Schneid. n. 11.*

#### §. SI FILIUS PAM.

Quamvis paternam, ex cujus cœnaculo, vel domo quid dejectum effusumque est, pro liberis, & servis. proque tota familia ex quasi de icto obligetur, ut diximus, si tamen filius suus, seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum, effusumque fuerit, sive quid positum, suspensumque habuerit, quod facile decidere potuit, nulla in patrem, sed in ipsum filium, ex quasi maleficio in factum actio dabitur. *Text. hic. & l. 1. §. 7. ff. de hu, qui dejecer.* Et Ratio, quia de peculio in patrem ex filiam. contractu, vel quasi competit, non ex delicto, vel quasi, §. 4. *infra* Quod cum eo, qui in alieno potest. Et Quod si tamen etiam ex delicto i vel quasi

quasi filiosam, sit condemnatus, tunc quoque & pater peculio tenus conveniri potest. *L. 3. §. ff. de noxal. act.* Ratio, quia tunc non tam ex delicto, vel quasi, sed potius quasi ex contractu obligatus est, cum per iudicium quasi contrahitur, *L. 3. §. Idem scribit. ff. de pecun. Schamb.* Quod dictum est de filiosam, ob dejectionem, vel effusionem quasi delinquentem, idem (adjungitur in fine hujus §.) sentiendum est de iudice, per Impericium male judicante.

## §. ITEM EXERCITOR FIN.

- 6 Nota, quod exercitor navis, sive nauta ille dicatur, ad quem quotidianus questus navis pertinet, §. *Sigetur t. infra. Quod cum eo, qui in aliena potest.* Exercitor cauponæ, sive caupo, qui viatores hospitio recipit, *L. Naut. ff. Naut. caup.* Exercitor stabuli, sive stabularius, qui permittit jumenta apud se stabulari, *d. l. Nauta* §. Hi omnes, aliorum hominum opera uti necesse habet. Quod si itaque ab iis hominibus, quorum opera utuntur alio in navi, caupona, aut sibi ob sumnum latum, aut furtum factum est, tunc tenetur nauta, caupo, stabularius ex quasi delicto, quia quasi culpa est, operi hominum malorum uti. *Text. hoc. & in l. fin. §. 4. ff. Nauta, Caup. &c.* Ut intellectus hujus materie reddatur facilius, scias, necesse est, quod deponens rem suam in navi, caupona, vel stabulo, triplicem actionem pro re subtrahenda habet, quoniam tamen una electa ea contentus esse debet, *L. hiet 6. §. Possimum. 4. ff. Nauta, Caup. &c.*

Prima est actio in factum prætoris, ex quasi delicto descendens, quæ datur ei, cui in navi caupona, aut stabulo damnum datum, vel furtum factum est ab iis, quorum opera utitur dominus, adversus dominum in duplum.

Dixi I. Prætoris, quia hæc actio datur ex dicto prætorio, *L. in §. 3. ff. furt. advers. naut.* ubi tamen notandum quod prætor istam actionem, ex delicto prætoris descendente, etiam datur actiones civiles, locati, si merces interveniret; aut depositi, si gratis res susceptæ sint, *L. 3. §. 1. ff. nauta, caupones, &c.* verum ut his esse videtur remedium prætorium; quia actio locati ad culpam duntaxat levem, & depositi ad latam. hæc verò etiam ad levissimum datur, quod speciale est in hac actione, *d. l. 3. §. 1. ff. nauta, caup. &c. Schamb. hoc. Schuid. n. 4.*

Dixi II. ex quasi-deliicto, quia, culpa esse, censetur, opera malorum hominum uti. *Manz. n. 17.*

Dixi III. quæ datur ei, cui damnum datum, aut furtum factum est. Illud non interest, in quibuscunque rebus id contingit, sive sint merces, sive vestes, sive nostræ, sive alienæ, dummodo nostra interit, salvas esse, *L. 1. §. Aut prætor. d. 1.* Nec refert, sive exercitor sciat, res esse immixtas, sive non, *d. l. 1. §. fin.* ubi dicitur; recepit, res salvas fore, sive sint ei assignatæ, sive non, eo ipso enim, quod in navim immixtæ sint, recepte videntur. Accedit, quod periculosum foret, semper exercitoribus ostendere bona, quæ quis navi inferret; per hoc enim immineret periculum vitæ, & quandoque quis insidiis latronum, surumque exponeretur. *Schuid. n. 2.*

Dixi IV. in navi, caupona, aut stabulo, quia exercitor non tenetur, si nauta, v. g. extra navem, furtum fecit, *L. 7. ff. nauta caup. &c.* famulus cauponis extra officium, sibi commissum, aliquid recepit, *L. 3. §. 2. eod.* Ratio, quia regulariter dominus non tenetur pro delictis famulorum, extra officium delinquentium. *Manz. n. 2.* Sic quoque dominus non tenetur, si quis in nuptiis locatæ palatium traderet pro custodia, eamque amitte-

mitteret, quā celsarius, non focaria, ad hoc librum deputatus est: *Altonz. n. 5.*

*Dist. V. quoniam opera nititur dominum, nam, sola homines, qui in navi velunt ut, puta, extrahat, aliis damnum dent, aut Furtum faciant, exercitor non tenetur. l. 6. §. 3. ff. nauta, caup. &c. juxta l. m. §. 6. fur. advers. naut. Schomb. luc. Schneid. n. 2.*

*Obj. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. ff. de naut. caup. stabul. &c.* in quibus aperte cautum, quod caupo etiam Viatorum præstare factum teneatur, ergo non tantum tenetur pro sua familia. *Re. cum Harp. n. 7. Schomb. luc. & pluribus aliis,* præter actionem, jam discussam, cauponem, exercitorem, &c. ubi furtum viatorum conveniri posse in factum de recepto actione, quæ quasi ex contractu descendit, & in simp'um adversus cauponem, &c. propter damnum, aut furtum à viatoribus factum, competit. Atque de hac actione præmemorati textus intelligendi sunt, *l. m. §. 3.* loquitur de actione, quæ ex quasi delicto adversus cauponem in dup'um oritur, nequaquam verò propter furtum, vel damnum, à viatoribus illatum, contra dominum datur. Itaque ad hujus rei evidentiam diligenter notandum est, duo Edicta fuisse de nautâ, cauponibus, & stabulariis, quo-

rum uno prætor in factum actionem de recepto dedit, quæ ex quasi contractu oritur: altero in factum actionem ex quasi delicto in duplum. *Differunt hæc duæ actiones, quod illa sit rei persecutoria, & ideo in heredem datur, l. 3. §. 4. ff. naut. caup. &c.* Hæc verò penalit' sit, ideoque in heredem non competat, *l. ult. §. ult. ff. eod.* In illa caupo, exercitor, stabularius præstat factum omnium, etiam vectorum, id est, qui navi vehuntur, *l. 2. §. 3. ff. eod.* in hac verò exercitor non tenetur nomine vectorum, aut caupo nomine viatorum, sed eorum, quorum opera utitur, *l. pen. ff. eod. Schneid. n. 5.* Et hæc est secunda actio, quæ vocatur in factum de recepto, ex quasi contractu competens, *Schomb. luc.*

Tertia est actio furti, competens deponenti contra eum, qui res furto subtrahit, quicumque ille iuret, *l. 5. §. pñ. ff. h. t. & de hac actione Tit. suprâ egimus.*

*Q. An quis iniurius cog. possit. recipere hospes?* *Re. regulam esse, quod cogi non possit, l. 1. §. 1. ff. Naut. caup. excipe, si quis hosp' cari coepit, ve. hosp'um signa ostendit, iuret, quod de casu procedit. l. m. §. fin. ff. furt. advers. naut. in his verbis: nec repellere p. test. n. si nuntia sit h'sp'um affluentia. Harp. n. 9.*

## TITULUS VI.

## DE ACTIONIBUS.

## SUMMARIA.

- 1 Quid sit actio?
- 2 Officium Judicis aliud nobile, aliud Mercenarium.
- 3 Advocatus pro mercede sua non habet actionem.

- 4 Autoritate propria nemo potest. em suam occupare.
- 5 Quomodo de Jure Austriaco puniatur rem occupans sine auctoritate Judicis?
- 6 Actio alia realis, alia personalis.
- 7 & 8 Causæ actionis personalis.

9. Actio.

- 9 *Actio alia directa, alia utilis.*  
 10 *Actio realis definitur.*  
 11 *Usque*  
 16 *Ponitur casus Rei vindicationis.*  
 17 18 19 20 *Quid sit actio confessoria? cui? contra quem? ad quid competat? Et quae sint ejus Requisita?*  
 21 *Usque*  
 27 *Quid sit actio negatoria? cui? contra quem? ad quid competat? Et quae sint ejus requisita?*  
 28 *Actiones aliae sunt praetoriae, aliae civiles.*  
 29 *Quid intersit, an actio sit praetoria, an civilis?*  
 30 *Actiones ex statuto an sint civiles, an praetoriae?*  
 31 Et 32 *Actio Publiciana quid sit?*  
 33 *Quibus competat?*  
 34 *An vero domino competat?*  
 35 *Contra quem competat?*  
 36 *An detur contra titulo possidentes?*  
 37 *Quae sint requisita actionis Publicanae?*  
 38 *Ponitur casus actionis rescissoriae.*  
 39 *Remedium rescandens, Et rescissorium an detur?*  
 40 *Restitutionem in integrum quis concedat?*  
 41 42 43 *Recensentur requisita ad restitutionem in integrum.*  
 44 *Intra quale tempus actio rescissoria intentari debeat?*  
 45 *Usque 49 Quid sit Actio rescissoria?*  
 50 *Ponitur casus actionis Publicanae.*  
 51 *Quid sit actio Publicana?*  
 52 *Alienare in fraudem Creditorum.*  
 53 *An illi dicatur a ienare in fraudem Creditorum, qui non acquirit?*  
 54 *Quibus competat?*  
 55 *Titulus alius onerosus, alius lucrativus est.*  
 56 *Quid intersit, an titulo oneroso, an lucrativo alienatio in fraudem creditorum ficta sit?*  
 57 *Quid requiratur ad actionem Publicanorum ad Infructus.*
- niam?*  
 58 *Fructus alia est confessio, alia eventus.*  
 59 *Quasi si aut requiratur ad actionem Publicanorum?*  
 60 61 62 63 Et 64 *Quando proponenda sit actio Publicana, Et ad quid competat?*  
 65 *Actio Serviana exponitur.*  
 66 *Illata, Et irrocta in praedictum rusticum an tacite pignori obligentur?*  
 67 68 69 70 71 Et 72 *Actio Serviana cui? contra quem? Et pro quibus rebus competat?*  
 73 *Merces an tacite pro pignore obligentur?*  
 74 *Quae sint requisita actionis Servianae?*  
 75 76 77 78 79 80 *Quid sit actio quasi Serviana? cui? Et contra quem competat?*  
 81 82 83 Et 84 *Exponitur actio de constituta pecunia.*  
 85 86 Et 87 *Quale debitum constitui possit?*  
 88 *Ad quid competat actio de constituta pecunia?*  
 89 *Usque 93 exponitur actio de peculio.*  
 94 *Definitur Juramentum.*  
 95 Et 96 *Quot sint species Juramenti.*  
 97 *Quid sit Juramentum voluntarium extra judiciale?*  
 98 99 Et 100 *Exponitur Juramentum judiciale.*  
 101 Et 102 *An Juramentum judiciale operetur necessitatem acceptandi, aut referendi, si actor prius nihil probaverit?*  
 103 *Quid sit Juramentum necessarium?*  
 104 *Quae sint ejus requisita?*  
 105 106 107 Et 108 *Exponitur in quibus casibus Juramentum necessarium non habeat locum?*  
 109 Et 110 *Qui sit deferendum Juramentum suppletivum?*  
 111 112 *Quid sit Juramentum in litem?*  
 113 Et 114 *An Juxta rem ultra duplion vere affirmationis condemnare possit?*

- 115 116 117 118 119 120 121 Exponuntur actio ex Jure jurando in factum.  
 122 Quid sit actio de albo corrupto?  
 123 Quid actio de in Jure vocato vi exempto?  
 124 Exponuntur actiones prejudiciales.  
 125 126 Exponitur conditio finitima.  
 127 Actiones alie sunt rei persecutorie, alie pene persecutorie, alie mixte.  
 128 129 130 Et 131 Quid sit actio vi bonorum raptorum?  
 132 Casus actionis familie herciscunda.  
 133 usque 137 Quid sit?  
 138 Major eligat, Et minor dividat.  
 139 Quid Juri, si sanctus cum masculo concurrat?  
 140 141 142 143 144 Quid sit actio de communi dividendo?  
 145 Actio funum regundorum quando detur?  
 146 A iis servi corrupti quid sit?  
 147 Et 148 Cui, Et contra quem competat?  
 149 Actio in triumphum quando detur?  
 150 Actio in factum contra calumniatores quando competat?  
 151 usque 155 Quid sit? cui? contra quem? Et ad quid competat?  
 156 Conditio ex lege adversus executores quando competat?  
 157 Violentia quotuplex?  
 158 Et 159 Casus actionis quod metus causa, contra quem, Et ad quid competat?  
 160 Quid sit actio illa?  
 161 Qua eius requisita?  
 162 Metus qualis istam actionem producat  
 163 Et 164 Cui cedat periculum rei ad vendendum estimato data?  
 165 Et 166 Qua actiones in duplum competant?  
 167 Actiones alie bonae fidei sunt, alie stricti Juris.  
 168 Bona fides, Et strictum Jus quid hoc denotant?  
 169 Actiones bonae fidei quid sint?  
 170 Quae sint actiones bonae fidei?  
 171 Clausula, alles getreulich, und ohne Gefährte, an faciat actionem stricti Juri esse bonae fidei?  
 172 173 174 Actio praescriptis verbis excutitur.  
 175 Actio estimatoria quid sit?  
 176 Ad quem spectet?  
 177 178 179 180 Et 181 Actio praescriptis verbis exponitur.  
 182 Casus petitionis hereditatis.  
 183 Usque 196 tractatur petitio hereditatis.  
 197 Usque 203 Recensentur privilegia doti concessa.  
 204 Creditores alii chirographarii, alii hypothecarii.  
 205 An mulier praeratur fisco?  
 206 Usque 211 An mulier praeratur creditoribus, expressam hypothecam habentibus?  
 212 In donatione propter nuptias?  
 213 Quid in dote confessata?  
 214 Donativa nuptialia, ad quem spectent?  
 215 Quid sit actio ex stipulatu pro dote?  
 216 Et 217 Cui? Et contra quem detur?  
 218 219 Quam teneantur dotare?  
 220 An mater?  
 221 An frater sororem?  
 222 Usque 228 Exponitur materia compensatorum.  
 229 Usque 232 Exponuntur actiones arbitrariae.  
 233 Usque 236 Explicatur actio de dolo.  
 237 238 Et 239 Quid sit actio de eo quod certo loco?  
 240 Quot modis dicatur plus peti?  
 241 242 243 244 Et 245 mutare libellum, vel emendare quando liceat?  
 246 Usque 248 Quid sit beneficium competentiae, Et quibus competat?  
 249 Et 250 Cessio bonorum quid operetur?

## CONNEXIO.

**T**RIVIALIS est, o[mn]e Jus quo utimur, vel ad *Personas* pertinere, vel ad res, vel ad *Actiones*, §. u. t. *Inst. de J. N. G. §. C. De Jure personarum in Libro I.* dictum est. De rebus *Libro II. III. §. IV. ad hunc usque Titulum*, rebus enim etiam obligationes annumerantur, cum sint res incorporales. Superest, ut actiones quoque ad lancem examinis appendantur. Quam materiam, non sine compendii, eorum omnium insignire possis, quæ hæcenus dicta, & in cæteris partibus Juris latissimè hinc inde quasi sparsa, & disjecta sunt. Itaque *opera* pretium est, ut *anteo hunc Titulo* omnium virum impendio, & contentione annui impugni in uideatur, meretur id *De novis materiis*, suadet *Utilitas*, efflagitat *Necessitas*; *Jurista* enim quæ *Cognitione Actionum* caret, est instar *Militis* carceris gladio.

## AD PRINCIPIMUM.

**A**Ctio definitur hæc in *prim. §.* quodd sit Jus persequendi in *Juribus*, quod sibi debetur, *text. hic. & d. §. I. ff. de O. & A.*

Dicitur *I. Jus*, id est, facultas, seu potestas legitima, à Jure tributa.

Dicitur *II. persequendi*, ut differat ab aliis rebus, in Jure consentientibus, v. g. à *Via*, *Usu*, *usufructu*, *Dominiis*, &c. Via enim est *Jus eundi*, &c. *Ufus* si *utitur* est *utendi fructus*, dominium est *Jus disponendi*, actio verò est *Jus persequendi*, hoc est, *Res*, vel *Juri* nostro tam diu insistendi, donec aut consequamur quod nobis debetur, aut ejus obsequium nobis præstetur. *Harp. u. 30. l. 1.* quod utrumque contingit officio Judicis, ubi obsequium, officium Judicis aliud nihil esse, quàm potestatem cognoscen-

di, & judicandi secundum modum Jurisdictionis, vel facultatis concessæ, *arg. l. 12. §. 1. ff. de Jud.*

*Dividitur in nobile, & mercenarium.* **Nobile** est, quod per se fiat, non deserviens alicui actioni, & hoc aliquando exercet *Judex* motu proprio, oblique eoque quod requiritur, aut ex *genere*, ut si in sceleratos propria auctoritate inquirat, *arg. cap. 24. de accusat.* Aliquando verò ad petitionem, & instantiam parvis; veluti quando *Judex* suum officium alicui imperatur, qui nullam habet actionem, æquum tamen est, aliquid fieri, vel præstari, v. g. si quis petat, se restitutum antequam, *lib. 1. §. 1. ff. de Minor. vel alimentari à patre suo*, filius enim ad consequenda alimenta nullam habet in Jure actionem, *l. 4. ff. de Jud.* ut proinde ei necesse sit, nobile *Judicis* officium in, *loraro*, *l. 1. Cod. de alend. lib.*

**Sic** pariter *Advocatus*, vel *Medicus*, quiper stipulationem sibi de salario expressè non prospexit, non aliam aliquid consequendi viam habet, quàm si ad nobile *Judicis* officium coniugiat: excellentiam enim artis, quæ non est pretio æstimanda, actionem non habet, sicuti illi, qui operas suas pro mercede locant; sed à *Judice* et pro modo facultatis, & impensæ *Laboris* qualitate decernatur, necesse est, *l. 1. §. 1. ff. de variis, & extraord. cognit. Schenck. num. 10. Guil. lib. 1. obs. 44. Corporei. p. 1. cons. 1. def. 11. Mev. p. 3. de off. 332. num. 7.* *Mercenarium* *Judicis* officium est, quod per se non fiat, sed actioni deservit, quasi ancilla suæ domini. Hoc exercere *Judex* toties dicitur, quoties aliquis ex contractu, vel quasi, ex delicto; vel quasi tali actionem in *Judicium* deducit, & *Judex* desuper cognoscit, aut judicat. *Harp. num. 21.*

Dicitur *III. in judicio*, tam ut *actio-*



nes judiciales discernantur ab extra judicialibus postulantiibus. Nam si quid extra iudicium ab aliquo requiratur, non dico agere sed requirere pretere, &c. quoniam actio exigit iudicium Manz. num. 13. Harp. num. 36. tum ut indicetur, quod nemo debeat propria auctoritate jus sibi dicere, aut rem, quam sibi deberi contendit, occupare, sed potius legitime actionibus exquiri, ac suum consequi debeat, l. 13. §. 1. mod met. causa. Imò in iure gravissimæ poenæ in illos constitutæ sunt, qui propria auctoritate, vi quadam ablativa, vel expulsiva possessionem rei, penes alium constitutam, occupant. Nimirum, ut is, qui præfato modo, propria scilicet auctoritate, rem violenter occupavit, eam non duntaxat teneatur restituere, sed &, etsi dominus sit, dominium ejus amittat; si vero dominus non sit, restitutionem ei, cui adempta, præstare teneatur, l. 7. Cod. unde vi. Brunn. ibid. n. 3. Imò, talis, propria auctoritate facta, occupatio, pars publicæ Edicti continetur. Gacl. de pace publ. lib. 1. Cap. 1. Et tamen si Covarr. var. resol. lib. 3. cap. 16. n. 7. hujus legis constitutionem à toto Christiano orbe abolitam esse, autumet; contra tamen sentit. Menoch. de recup. poss. remed. 9. num. 3. Et Brunn. loc. cit. num. 11. qui posterior, poenam juxta hanc legem irrogandam esse, asserit; nisi per consuetudinem probetur sublata.

De Jure Austriacæ, qui rem propria auctoritate sine decreto judicis occupat, de vi tenetur, Sutterger obs. 124. num. 2. his verbis Unde derwegen hat sich der Gegenheil, dann solcher gehalten erwas (außer derer Gen. u. d. l. b. u. Co. m. i. Ger. u. entzogen wird, eines Gewalts billig zu beklagen. Quævis autem (etiam minima) vis poena 50 fl. mulctatur, si verò armata manu illa sit, vim inferens 100.

fl. puniatur. Teste eod. Sutterger obs. 124. num. 1. ibi; Wenn einer d. c. i. e. Qui alteri vim fecit, ac de ea ut parti laesa satisfacta, sententia est condemnatus; si propter vim illam etiam minorem, scilicet multa 50 fl. imponi, si autem manu armata vis facta est; multa est 100. fl. ad minimum.

Dicitur IV. quod sibi debetur. Ubi, tamen si aliqui amantes subtilitatem, exultinent, per ista verba non comprehendendi, nisi actiones personales, utpote per quas petimus, quod nobis debetur, rectè tamen dixeris, sub ly debetur etiam comprehendendi actiones reales, quia & illud, quod nostrum est, hæcenus debetur, ut nobis restituatur. Manz. n. 29. Harp. n. 43. Hann. var. resol. lib. 4. p. 2. q. 3.

#### S. O M M I U M. I.

Exposita actionis definitione, progreditur modo Justinianus ad ejus divisionem. Dividitur autem actio I. in realem, & personalem, omnium enim (inquit text. hic.) actionum, quibus utimur, ea est natura, ut aut in personam dirigantur, aut in rem. Actio personalis illa dicitur, qua agimus contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi nobis obligatus est ad aliquid dandum, vel faciendum. Schneid. n. 12.

Causa Actiois personalis. Titius vendidit mihi equum, &c, aliquoties interpellatus, recusat, illum tradere, vel dedit mihi damnum, & non vult illud restituere. Q. qualis mihi adversus Titium competat actio? R. quod personalis, ratio, quia (quoad equum) est mihi obligatus ex contractu venditionis, ad illum mihi tradendum: & (quoad damnum) ex delicto, ad illud restituendum.

dum. *Mant. n. 13.* Dicuntur autem actiones, quæ ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi progengerantur, Ideo personalis, quia omnino infixe sunt personis litigantium, & ossibus actoris tenacissime inhaerent, sicuti character baptisimi inhaeret animæ; hinc etiam personam ejus comitari dicuntur, sicut lepra leprosum. *Schurd. num. 2.*

8 Unde *Infero*: si posito casu Titius equum mihi vendendum postea alteri vel vendat, vel donet, vel quicumque alia ratione alienet, quod mihi contra tertium, in quem facta est alienatio, nulla competat actio. Non personalis, ratio, quia personalis personam non egrediuntur, & ille tertius mihi ex nullo contractu, vel quasi, ex nullo delicto, vel quasi obligatus est. Non realis, quia actio realis ex parte agentis præsupponit dominium quod in me ante traditionem translatum non est; *traditionibus* enim, non nudis *pactis* transferri rerum dominium propalio est. *ib. 20. Cod. de post. Mant. num. 15. Et 16.*

*Dices*: omnes actiones personales transeunt ad hæredes. Item tertio cedi possunt, ergo actio personalis personam contrahentem egreditur. *¶* ad I quod heres, & defunctus censentur esse una eademque persona, cum heres in universum Jus defuncti succedat, *l. 59 ff. de R. l. Mant. n. 19. hic.* Ad II. dico, quod in cessionarium actio duntaxat utilis, non directa transferatur. *Schurd. num. 11.* Sic, si, accepto certo pretio, actionem vendidi, quam habeo adversus Titium, tibi cessi, non directam, sed utilem contra Titium actionem exercere potes. *l. 1 Cod. de O. & A.* Item creditor, cui debitor nomina in solum dedit, utilem actionem rectè intendit, *l. 6. cod. Perez. ad Cod. de O. & A. n. 14.*

Quod, ut melius percipitur, *Observo* Actionem *directam* appellari illam, quæ non tantum ex mente, & voluntate legis, sed ex ipsis verbis datur. *Utilem*, quæ non ex verbis, sed mente legis, suadente, & ex gente æquitatis ratione, datur. Ut ecce: lex XII Tab. si verba legis consideremus, illis duntaxat actionem de pauperie accommodat, quibus animal quadrupes nocuit. *J. in fac,* quod non *hæc*, vel *equus*, sed animal *hæper v. g. græ, asinus, &c.* pauperiem tibi fecerit. Hoc in casu utilis tibi de pauperie actio contra dominum bruti competit. *Schurd. n. 3.* Quæ tamen actiones in effectu non differunt, *§. ult. Inst. ad leg. Aquil.*

*Actio realis* illa dicitur, quæ quis non contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi, sed contra illum agit, qui possidet rem, in qua actor dominium, vel aliud jus habet. *Mant. n. 20.* Vocatur realis, quia rem ipsam sequitur, & semper adversus eum datur, qui rem possidet; etiam si illa per mille manus ambulaverit, *l. 25. ff. de O. & A.* Species actionum realium variz occurrunt, puta, *res vindicatio*, actio *confessoria*, actio *negatoria*, actio *Publiciana*, *rescissoria*, *Pankena*, & quasi *Serviana*, de quibus in ordine, & cum exempla declarant regulam, ideo cuilibet actioni promittam casum. Itaque sit.

*Casus rei vindicationis.* Cum ambulatorem in campo, excidit mihi de digito anulus, quem postea invenit Titius. Vel fur quidam subtraxit mihi scyphum argenteum, eumque vendidit Titio. Ego interpellio Titium, ut anulum aut scyphum restituat. Ille refusat. Q. qualis mihi contra Titium competat actio? *¶* quod rei vindicatio, *text. hic. & in l. 25. ff. de O. & A.*

*Quid sit rei vindicatio?* Definitur, 12. *quod sit actus realis, qua dominus agit adversus possessorrem rei suae corporalis, & petit, se dominum declarari, eamque sibi una cum fructibus restituere.* Dicitur corporalis; pro rebus enim incorporalibus non rei vindicatio, sed actio confessoria, vel negatoria datur, de quibus §. *secus*. Deinde rei vindicatio in eum dirigitur, qui possidet, *text. in §. 1. de R. V.* Sed res incorporales possideri non intelliguntur, l. 4. §. 27. ff. *de usufructu* ergo *Harp. n. 39.*

13. *Contra quem?* Rei vindicatio ei competit, qui iure gentium, aut civili, rei petitor dominus est, l. 23. ff. *de ac. R. V.* Unde, cum dominum aliud sit directum, & aliud utile, prout l. 11. tit. 1. n. 24. dictum est, iure rei vindicatio alia directa, alia utilis. Illa datur domino directo. Hae domino utili puta *emphyteuta, vasallo, usufructuario, Schneid. n. 64. Almaz. n. 16. Zoes. ff. de R. V. n. 3.*

14. *Contra quem competit?* Rei vindicatio regulari ex competit contra possessorem l. 9. l. 24. ff. *de R. V.* Cum vero varia sint possessores; Idem competit, l. adversus eum, qui rem possidet naturaliter, & civiliter, hoc est, qui res corpore & animo habet. Il competit contra naturaliter possidentem tantum, l. 9. ff. *de R. V.* cum & iste habeat facultatem rei restituendae III. contra civiliter possidentem tantum hoc est, qui animo tantum retinet possessionem, actu autem rei non insitit, ut in l. 6. §. *Qui ad vindicatis ff. de ac. R. V.* IV. adversus eum, qui nunciam habet de retentione, puta contra commodatarium, depositarium, colonum, &c. d. l. 9. ff. *de R. V.* Qui tamen iudicium evitare possunt, laudando, & nominando dominum, l. 2. Cod. *ubi in rem actio*, &c. Schneid. n. 81. Zoes. *loc. cit. num. 38.* V. adversus dolo desistentem

possidere, l. 27. §. 3. ff. *de R. V.* Ratio, quia paria sunt, possidere, & dolo desistere possidere, dolo enim repraesentatur rem, l. 150. ff. *de R. V.* l. 131. ff. *cod. Almaz. n. 25* Dolo autem desistere possidere dicitur, qui rei vindicationem, sibi imminuentem, metuit, & rem alienat, aut perdit, ne apud se reperatur. Schneid. n. 84.

15. *Ad quid competat?* Competit rei vindicatio ad hoc, ut res restituatur cum omni causa, hoc est, utilitate, quae ex illa re causatur, vel produciunt. Unde, si dolo possessoris, vel culpa res perierit, vel deterior post licentia contestatam facta fuerit, vel fructus perceperit, aut aliud emolumentum ex re natum sit, horum omnium ratio in rei restitutione habebitur, l. 17. §. 1. ff. *de l. 7* §. 12. *de l. d. R. V.* Fructus autem non aliter adjudicantur in hac actione, quam si ab actione nominatim petiti fuerint, l. 25. §. 8. ff. *de ac. R. V.* Almaz. n. 42. Schneid. *num. 116.* Secus in petitione hereditatis, fructus enim agunt hereditatem, l. 1. Cod. *de hered. petit. Per ex. Cod. de R. V. n. 19.* Quales vero fructus bonae, vel malae fidei possessor teneatur restituere diximus l. 11. tit. 1. §. 35. *per tot.* Interea ex defectu utique hauseris.

16. *Quae requirantur ad rei vindicationem?* Mirantur duo: unum ex parte Actoris; alterum ex parte Rei. Ex parte Actoris requiritur Dominium, quod probare debet, actorem enim incumbit probandi onus, eoque nihil probante, reus absolvitur, l. 4. Cod. *de edendo.* Ex parte rei possessio, seu detentio, & rei restituentis facultas, l. 9. ff. *de R. V.* Quomodo autem dominum probetur, latè deducit Schneid. *loc. cit. n. 65. & seqq.* Ceterum, cum dominii probatio sit difficillima, §. 4. *inst. de iur. hereditatis.* Ideo te monitum velum, ut diligenter attendas, an aliquo

al quo interdicto rei possessorum non  
eisci, & adversus possessorem non  
experiri possit. Quo habito, inapte faceres, si rei  
vindicationem in iudicium deduceres,  
cum in casu intentati interdicti solem  
probare debeas possessionem, cujus pro-  
batio longe est facilior. *d. §. 4.*

### §. ÆQUUM. 2.

- 17 Didum est, quæ competat actio pro  
rebus corporalibus. traduntur in hoc §.  
duæ actiones pro rebus incorporalibus,  
quarum prima vocatur *confessoria*; alio-  
ra *negatoria*.

*Cuius actionis confessoria.* Titius con-  
cessit mihi servitutem aquæ ductus per  
fundum suum ad meum Ego aquam per  
fundum Tui constanter absque ulla  
Tui contradictione duxi. Postea, fun-  
do vendito, novus dominus, sive em-  
ptor impedit me in usu aquæ ductus. Q.  
jam quomodo mihi contra impediētem  
consultum sit? R. per actionem confes-  
soriam, à constituendo dictam, actor enim  
eam proponens sic constituit, & asserit,  
sibi jus aliquid in fundo alieno compe-  
tere. *S. l. u. n. 8. Harp. n. 2.*

- 18 *Quid sit actio confessoria?* Dico, quid  
sit actio realis, competens alicui ratione  
servitutis constitutæ, vel alterius juris,  
contra impediētem, ad hoc, ut iudex  
per sententiam declaret, ad hoc, ut pronun-  
tiet, alicui jus competere & condemnet  
reum, ut cesset ab impedimento, & de  
non amplius turbando caveat, fructus-  
que perceptos, & interesse præstet.

- 19 *Cui competat?* Actio confessoria ei da-  
tur, cujus est, v. g. qui servitutem ha-  
bet, hoc est, qui contendit, sibi com-  
petere jus *eundi, agendi, aquam ducendi*  
*per fundum vicini ad suum.* *Perez. ad Cod.*  
*de Servit. num. 31.* Illud autem non re-  
fert, utrum actionem confessoriam in-  
tentemus, in fundo dominante habeat sive

directum domini in tenendum, vel inde  
tantum, quale habeat *emphyteuta*, vel *va-*  
*sallus*. Illi enim directæ res utilis datur,  
*Manz. num. 11. Schurd. n. 11.* An usa-  
fructuario deus? *Affirmat, l. in §. 4.*  
*ff. de remiss. Negat contra lib. 1. & lib.*  
*§. §. 1. Si usufruct. per.* Referre existi-  
mo, quis impediat usufructuarium in  
usu, & exercitio servitutis? Si ab ipso  
propriario impediatur, actio confessoria  
neque directæ, neque utilis ei datur,  
*d. l. 1. & l. 5. §. Ratio*, quia adversus  
propriarium jus utendi fruendi prin-  
cipaliter persequitur, & sic servitus, fun-  
do fructuario debita, venit in consequen-  
tiam, ne alias servitutem servitus po-  
tere videatur. *Schurd. & Manz. loc.*  
*cit.* Si à quodam tertio in exercitio, &  
usu servitus impediatur, usufructuario  
datur actio confessoria, saltem utilis, *d.*  
*l. in §. 4. Scutring. Inst. l. 1. n. 33.*  
*Harp. n. 6.*

*Contra quem competat?* datur contra  
dominum prædictæ servitutis, qui consti-  
tuit servitutem, & ille impedit domi-  
nam prædictam servitutis in usu, & exer-  
citio servitutis, *l. 6 §. 3 si Servit. iud.*  
Dices: actio confessoria semper est in-  
utilis; vel enim servitus debetur ex testa-  
mento? & datur actio personalis ex tes-  
tamento. Vel debetur ex stipulatione?  
& datur actio ex stipulatu, vel debetur  
ex alio contractu, puta, emptionis, &c.  
& datur actio ex empto; *ergo* nunquam  
foritur locum hæc actio, imò inutilis  
est, utpote quæ 10. inter præsentēs; 20.  
inter absentes: actiones verò personales  
ex contractu 30. denum annis extin-  
guuntur. R. actionem confessoriam non  
tantum non esse inutilem; sed quando-  
que maxime necessariam: fac enim,  
quod extraneus quidam me in usu; &  
exercitio servitutis turbet: hoc in casu  
actio personalis ex contractu ipso lo-  
cum

cum non habet, quia personam contrahentis non egreditur: contra actio confessoria datur contra quoscunque impediētes. *Schwend. n. 14.*

- 10 *Pro quibus Rebus competat?* Quandoquidem hæc actio duplex est, alia directa, alia utilis. Ideo directa datur pro servitutibus, nulla facta differentia, personales utæ sunt, sive reales, urbanae, sive rusticae. *Harp. hic.* Utilis verò competit pro quolibet jure incorporali, puta, jure decimandi, piscandi, venandi, presentandi, &c. *Altympg n. 22. Schwend. n. 10. & communiter omnes.*

*Ad quid competit?* Datur ad hoc, ut Judex declaret, auctori Jus in re competere, eumque condemnari, ut cesset ab impedimento, &c, de non amplius turbando caveat, atque Fructus perceptos, & Interesse præstet, *Manz. n. 27.*

*De Actione negatoria.* Actio negatoria confessoriae actioni contraria est, *l. 1. Sicut ff. si servus vind.* cum verò, teste Philosopho, contraria, juxta se posita, magis elucescant. *arg. l. un. § 2 Cod. de Caduc. toll.* Ideo præfata actio recta methodo hac subijcitur discussioni, utique sequitur.

- 11 *Calus Actionis negatoria.* Habeo prædium, vicinum prædio Sempronii, &c, ut Sempronius ad suum prædium pervenire possit, magno ipsi opus est a circum, quem ut evitaret, me infcio, & invito, constanter per meum prædium ad suum duxit vehiculum, vel egit jumentum, hac persuasus fide, sibi, in meo fundo competere servitutem actus. Ego aliquoties Sempronium requisivi, ut ab usu, & exercitio, ducenti vehiculi desisteret, at is, spreto omni adhortatione, non desistit. Quaestio est, quomodo mihi adversus Sempronium contestationem sit? *¶ per actionem nega-*

riam, exinde sic dictum, quia nego, Sempronio in meo prædio, aut fundo servitutem actus competere.

*Quæsit Actio negatoria?* Præto. *con-22* cianè taliter describi posse, quod sit actio realis, quæ qui negat, præstet suum alteri servitutem debere; sed offerit, aliud, quoad adversarium, esse liberum, pro quoque iudex declaret, præstet suum esse liberum, condemnatque veniri, ut ab usu servitutis desistat, cautionem de non amplius molestando præstet, damna illata restituat, fructusque & interesse præstet. *Manz. n. 10.* Dixi notanter: quoad ad versarium esse liberum, tamen enim prædium meum non in totum sit liberum; sed si nō alicui tertio serviat, si tamen liberum sit respectu eius, cum quo ago, rectè procedit actio negatoria. *arg. l. 4. §. 7 ff. si servit. vind.* ubi dicitur, quod si cet serviant ædes meæ; si tamen ei non serviant, cum quo ago, verum sit dicere, quoad te liberæ ædes habeo, *Schwend. num. 43.*

*Cui competit?* Actio negatoria duplex est, directa, & utilis. Illa datur habenti plenum vel directum dominium in prædio, in quo adversarius prætendit, sibi jus, vel servitutem competere, *l. 2. l. 4. ff. si servit. vind. Struv. Syntag. Jurisprud. lib. 8. tit. 5. num. 49. Schwend. num. 31.* Utilis verò competit, habenti dominium utile in fundo, quo alter servitutem sibi arrogat, v. g. *emphyteuta, vasallu usufructuario, &c. Manz. n. 13 hic.*

*Contra quem competit?* Negatoria actio competit adversus eum, qui in prædio nostro servitutem prætendit, *l. 8. §. 5. l. 17. ff. eod.* Item contra eum, qui alter utitur servitute, quam mihi debebat. *l. 11 ff. commun. frad. l. 14. ff. si serv. vind. Struv. d. loc. n. 50.*

*Pro quibus Rebus competit?* Quemadmodum modum

modum actio confessoria) ut supra diximus) directa, datur pro servitutibus, nulla facta differentiâ, personales illæ sunt, an reales, urbanæ, an rusticæ: ita quoque actio negatoria dictæ toties competit, quoties adversario nostro negamus servitutem, personalis illa sit, sive realis, rustica, sive urbana, § *hæc* *l. ult. u. 30*. Item, licet actio confessoria a iure quoque alio jure incorporali, puta, iure decimandi, piscandi, monentandi, colligandi, &c. competit: ita quoque negatoria datur, dum quis alteri simile jus negat competere, *Struv. loc. cit. § 2* *Manz. n. 52* *Mynsinger. n. 35*.

25 *Quæ sint Requisitiones actionis negatoria?*

Unum ex parte actoris, alterum ex parte Rei. Illud exigit, ut præsum sit liberum, nec debeat servitutem. Hoc, ut à reo sit usus attentatus, *Schneid. n.*

26 34 *Quem usum attentatum actor probare debet.* *Manz. num. 22*. Sed, Debetne actor etiam probare, si solum suum esse liberum, & quæ a seò alteri non servire? Ratio *substantiva* est; quia fundamentum in iurisdictionis suæ quilibet probare debet, *l. 23. Cod. de probat.* & actori incumbit onus probandi, *l. 4. Cod. de edendo*. Verum contrarium omnes tenent *arg. l. 8. Cod. de servut. ub. d. c. ut quod quilibet res in jure præsumatur esse libera*. unde sic licet argumentari: qui habet præsumptionem juris pro se, elevarit ab onere probandi, *arg. l. 5. §. 1. ff. de probat.* & onus probandi rejicit in adversarium, *l. ult. ff. quod met. caus.* ergo in actione negatoria non actori, sed reo incumbit probandi onus, ex inferiori hac ratione, quia affirmatio, non negatio probanda est, *l. 23. Cod. de probat.* atque reus affirmat, sibi deberi servitutem, actor verò negat, ergo reus, non actor probare necesse habet, negantis enim nulla est probatio

*Etiam ad instans.*

*l. 2 ff. de probat. Manz. num. 16. Schneid. num. 38.* & ceteri omnes. Ad rationem dubitandi & allegatus leg. s. procedere; si actor habeat præsumptionem juris pro se, hanc enim qui analanem habet, reus probandi onus in adversarium, *d. lib. ult. ff. quod met. caus. & lib. 5. ff. de probat.* Manet proinde in omni casu in reo probandi onus, ut in hoc casu, huc *Linnartz* in casu, quo reus est in quasi possessione servitutis. Ut ecce, ego habeo in muro Sempronii apertam fenestram, præstantem mihi servitutem luminis. Sempronius mihi de repente negat servitutem luminis, & me impetit actione negatoria. Hoc in casu ego, ut pote reus, non teneor necessitate probandi, in muro Sempronii servitutem luminis mihi competere; sed Sempronius probare debet, cum suam ab onere servitutis esse liberam. Ita *Alciat. de præsumpt. reg. 2. præf. 1. 2. Ant. Faber. ad Cod. lib. 3. tit. 23. num. 8. Mascard. conclus. 1306. num. 4. Munchinger in selectis emendat. conf. præf. part. 1. cas. 75. fol. 255* qui omnes concordant harmonia docent, quod negatoria agenti si adversarius in quasi possessione sit, incumbat onus probandi, ratio videtur esse ista, quia præsumptio, quæ pro libertate prædii militat, est generalis, illa verò, quæ pro possessione facit, est specialis, vulgatum autem, & apud omnes e. indubitatum quod præsumptio specialis semper vincat generalem. *Facb. lib. 11. cap. 56. Barb. ad loc. commun. lib. 14. cap. 9. ax. 10.*

*Ad quid competat? Datur actio negatoria, ad hoc, ut iudex declaret, rem esse liberam, & nulli servire, l. 4. §. pen. ff. si serv. vind. reumque condemnet, ut cesset ab usu servitutis, vel cujusque alterius juris attentato, atque*

*FFF.*

*cap.*

cautionem præstat, de impostarum, neque per se, neque per successores suos non amplius turbando, aut inquit etando, l. 7. ff. d. e. damna denique illata restituiat, fructusque, & interesse præstat, d. l. 4. §. 2. v. Sed Zos. ff. si seru. vend. n. 9.

### §. SEPTIEME 3.

- 28 Traditur hic secunda actionum *drusio*, desumpta à causa efficiente, scilicet quod actiones alie dicantur *civiles*, alie *Prætorie*. Civiles sunt, quæ à jure civili inventæ, & introductæ sunt, cum verò jus civile constet ex his partibus, puta, *lege*, *Plébiscito*, *Senatus consulto*, *Principum placitis*, *responsis Prudentium*, ideo actiones civiles illas esse dixeris, quæ ex una istarum juris civilis partium introductæ sunt. Prætorie sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet, sive quæ ex edictis prætorum introductæ sunt. Quandoque enim jus civile nullam actionem tribuit eo quod rigorem juris observet: Prætor autem, utpote qui semper habet æquitatem ob oculos, actionem accommodat, & jus civile supplet, ubi æquitati naturali convenit, aliquid dari, vel fieri *Mauz. Schamb. Et alio hic. Diets*: Nihil interest, num actio dicatur civilis, num Prætorie? *Id.* hoc interesse; quod actiones civiles sint perpetuæ, id est, durent 30. annis, Prætorie verò sint annales, & lapsu unius anni circumscribantur, prout videmus *infra* ad 30 *Tit. de perpet. Et tempor. ad. Dubitatur*: an actiones, ex statuto modernorum *duchum*, *magistratuum*, vel *civitatum* introductæ sint dicendæ prætorie, an civiles? ut ecce, ponamus, quod ex jure statutorio alicui delata sit hereditas, ad quem jure communi non pertinet, eritne petitio hereditaria, inde resultans,

civilis, an prætorie? *Id.* communis obtinere, esse civilem. Ita *Harp. n. 15. hic. Mauz n. 31. Gail lib. 2. obs. 17. n. 7.* Ratio, quia jus civile illud dicitur, quod quisque populus, aut quæque civitas sibi proprium constituit: §. 1. *Inst. de l. N. G.* Et C ergo cives sunt actiones, quas quisque populus, aut quæque civitas introduxit.

### §. NAMQUE

De actione *Publiciana*. Dictum est *supra* 31 *perius*, actiones alias esse *civiles*, alias *Prætorias*. Jam incipit Imperator declarare, quæ sint prætorie: ubi altò vertice eminet actio *Publiciana*, pro qua figuratur talis casus: profectus sum *Linzius*, & in itinere, vel ibi in foro ami à quodam extraneo, mihi incognito, equum, credens, venditorem istius equi domum esse. Amisso hujus equi possessionem, forte, quia à me aufergit, & equus pervenit ad *Titium*. Ego requiro *Titium*, ut mihi equum restitueret. At ille recusat, atque, venditorem istius equi non fuisse dominum. Q. qualis mihi contra *Titium* competat actio? Certum est quod rei vindictio non detur, quia non sum dominus istius equi, *arg. l. Nemo plus 54. ff. d. R. J.* tradens enim dominium, quod non habuit, in me non potuit transferre. Deinde, suppono, quod equum triennio nondum ulceperim, ergo de jure civili actionem non habeo. Verum cum Prætori iniquum videtur, ut habens bonam fidem, & justum titulum, nullam haberet actionem, ideo introduxit actionem *Publicianam*, quam illis accommodat, qui bonâ fide & iusto titulo rem aliquam à non domino acceperunt, & eam ante completam usucapionem amiserunt. *Mauz. imm. 4. hic. Schneid. n. 14.*

*Quid*

33. *Quid sit actio Publiciana?* Definiri potest, quod sit *actio Prætoria in rem*, qui petimus id, quod nobis ex iusta causa a non domino bona fide traditum est; Et nondum usui captum, nisi cum fructibus, damnis, Et interesse restitui. Schneid. num. 14.
33. *Quibus competat?* Datur hæc actio quasi dominium habenti, hoc est, illi, qui rem ex iusta causa, puta, translativâ dominii a non domino traditam accepit, & antequam usui caperet casu aliquo amisit, ac hæredibus ejus, *text. lic. Glasse Inst. b. t. n. 45. Zoef. ff. de Publ. act. n. 2.* Dubitatur an actio Publiciana vero domino competat? Certum est,
34. quod domino, quâ tali, actio Publiciana non competat, I. per l. 1. §. 1. ff. de act. Publ. his verbis; *merito Prætor ait, nondum suscepam, nam si usui-captum est habet civilem actionem*, puta, rei vindicationem non honorariam. II. per l. 18. ff. de pignor. ubi dicitur *omni Publicianâ uti, qui dominum non habuit.* III. quia Prætor voluit succurrere actori, quia alias actionem non haberet, *text. lic.* atqui verus dominus habet rei vindicationem, ergo. Schneid. n. 32. Harp. n. 18. Zoef. loc. cit. num. 3. Huyn. ad Truat. vol. 1. disp. 29. q. 35. Cæterum si verus dominus dominium (cujus probatio in jure dicitur difficillima, §. 4. Inst. Je interdict.) facile probare non possit & hac actione sub qualitate justitituli, & bonæ fidei possessoris experiri velit, non video, cur removendus esset? rō quod in l. 39. §. 1. ff. de Publ. d. ferre cautum sit, quod is, qui egit rei vindicatione, & amisit, quia fortè dominium probare non potuit, redire possit ad publicianam. Quid multis? inepitum ego illum dixero, qui petere volens restitutionem alicujus rei amisse, rei

vindicationem solum in judicium deduxerit, difficillima enim est probatio dominii. Melius, prout fecerit si rei vindicationem, & actionem Publicianam simul intentaverit, ac libellum alternatim conceperit, v. g. peto hanc rem jure domini, aut si probatione dominii desicerem, jure quasi dominii. Ita, præ receptum esse, tradit *Glasse t. obs. 62. num. 4. d. Sometting. Inst. b. t. p. 4. num. 53.*

*Contra quem datur? Competit actio?* Publiciana contra eum, qui usi infirmus habet actore, reique possessor, vel detentor est. l. ult. ff. de Publ. in rem act. Contra verum dominum regulariter non datur, hæc enim actio idcō introducta est, ut vincat is, qui jure firmiter nititur, d. l. ult. atqui actor jure dominus non habet, quàm verus dominus; ergo. Deinde, dolo actor peteret id, quod mox domino esset restitutum, l. 173. §. Dolo ff. de R. l. Schneid. n. 34. Zoef. n. 5. d. Sometting. loc. cit. num. 54. ubi aliquot casus recenset, quibus etiam contra verum dominum datur hæc actio. Q. num actio Publiciana detur contra titulo possidentem? R. regulariter contra titulo possidentem non dari. Ita Schneid. num. 28. Zoef. loc. cit. num. 4. Schneid. hic. Mair. num. 40. Harp. n. 24. Jafow. n. 16. Ratio sola, sed solida est, quia is, qui possidet cum titulo, habet duo jura, possessionem scilicet, & titulum; actor autem habet *denunciatum*, ergo meritò removeatur, quia duo vincula fortius ligant, in pari causa melior est conditio possidentis, c. 65. de R. J. in 6. Limitatur, l. si possessor ex titulo lucrativo possideat, tunc enim melior est conditio actoris, utpote de damno vitando certantis. *Idem qm. lic. n. 18. Schneid. Zoef. loc. cit. Limitatur II. si possidens habeat titulum à fure, vel ab alio,*



quis rem cum vicio tenuit, titulus enim, à iure quæsitus, habetur pro non titulo. Schneid. n. 59. *Dubium*, an contra rem detur, qui titulo pro hærede possidet? Vide Schneid. n. 32. *Harp.* n. 21. *Obli-*  
*genf. Inst.* h. t. q. 31. ob. *Barbov. tract.*  
*de act. disp.* 3. Th. 21.

*Quæ sint Requisitæ actionis Publicianæ?*  
Ex parte actoris requiritur 1. traditio, l. 1. l. 7. ff. de Pub. in rem. act. Ratio, quia is, qui hac actione experitur, habetur pro quasi domino: nisi autem traditio præcesserit, non est, cur pro talis habeatur? quia non novis pactis sed traditionibus transferuntur rerum dominia. l. 20. Co. l. de pa. Glesle loc. cit. num. 38. II. requiritur, ut traditio facta sit ex iusta causa, hoc est, titulo ad transferendum dominium habiti, l. 1. l. 2. l. 3. d. t. talis causa est emptio, venditio, donatio, legatum, &c. Un le colliges quòd, si quis mihi rem alienam locasset, commo-  
dasset, vel oppugnaverasset & ego rem illam amitteret, mihi actio Publiciana non competeret. l. 13. §. 1. ff. d. t. quoniam isti tituli non sunt habiles ad transferendum dominium. Manz. n. 29. III. Ut quis rem bona fide nactus sit, l. 7. §. fin. & l. 8. Pub. in rem act. in quibus verbis pro regula traditur, quod Publiciana actio incum habere nequeat, ubi præscriptio non procedit, atqui, ita ut malà fide non procedit præscriptio, c. 2. de R. J. in 6. ergò *Alynfing. Inst.* hoc. ff. l. cit. num. 6. IV. requiritur, ut res nondum sit usucapta, hoc enim casu competet rei vindictio, & actio civilis, ususucapio enim tribuit dominium, prout *Lib. II. tit. VI.* diximus, *Manz.* num. 36. *Alynf.* n. 34. *Dices.* Ecclesiæ, civitas, rei publicæ actionem Publicianam habet; etiam res donata, legata, vel vendita non sit, l. 23. *Ad. de Sacrof. Eccles.*

ergò traditio non requiritur. *Id. disting.* *conseq.* ergo traditio non requiritur, in casibus, ubi p. velle legis res habetur pro tradita; c. n. *secus neg. conseq.* Speciale hoc est privilegium Ecclesiæ, civitati, & reipublicæ concessum, ut res eidem donata, legata, vendita habetur ipso iure pro tradita; à specialibus autem non duci ullegitimum argumentum *Obli-guiff.* *Inst.* h. t. c. 28. *ob. 2. Piam 26. H. p. h. c.* Sane, tinnem Publicianam dari in iudicibus casibus, ubi ipso iure aliquæ traditione transferuntur dominium, vel quasi, nullus est, qui dubitet, l. 1. §. 2. l. 12. §. 1. ff. b. t. *Synod. Syntag. per civit. lib.* 6. tit. 2. n. 43. Ex parte rei in actione Publiciana requiritur 1. possessio, vel detentio, hoc est, ut habeat facultatem rei retinendæ, vel ut dolò d. fieret rem possidere, Schneid. n. 47. *Manz.* n. 38. II. ex parte rei conventi requiritur, ut ius infirmius habeat, quam p. rtor, nam ut actor in hac actione vincat, debet iuri jure potentiori; alioquin prævalere non potest; quia, si reus æquali jure munitus sit, defenditur prærogativâ possessionis, cujus in pari causa melior est conditio, l. 91. §. 3. ff. de V. O. Unde diximus *supra* hanc actionem contra titulo possidentem non dari.

*Dices:* actio Publiciana nunquam potest habere locum, ergò gratis de illa inquitur. *Anteced. prob.* Qui actionem Publicianam intencat, malam fidem habet, novit enim, se non esse dominum, ergo sicut is, qui malam fidem habet, non præscribit (puta de Jure Canonico) ita quoque is, qui malam fidem habet, actionem Publicianam intencare non potest, præcipue, quia paulò ante circa requisita hujus actionis quali pro regula diximus, quòd ibi locum non habeat

habeat hæc actio ; ubi non procedit præscriptio. Et tamen si is, qui actionem Publicianam movet, eandem rem sibi esse rei petite dominum, ea tamen propter non sequitur, actionem hanc ei denegandam esse, utpote, quæ non datur ad hoc, ut verum dominum rei dominus privet, sed ad hoc, ut is, qui infirmus ius possidendi habet, rem restituat ei, qui pius iuris habet, & ab hoc possideatur donec in notitiam veri domini perveniat. Qui ergo hanc actionem intencit, intelligit quidem, 1. dominum non esse ; non tamen scit verum dominum, adeoque hoc tantum intendit, ut, si de vero domino non constet, saltem sibi res restituatur in qua pius iuris habet, quam alter, qui possidet. *Schneid. Inst. hoc n. 59.* Deinde, illa *Regula de præscriptione* procedit affirmative, hoc est, locum habet præscriptio; ergo etiam publiciana, non autem *negativa* veluti præscriptio locum non habet, ergo neque Publiciana, *Schneid. n. 57.*

*Ad quid datur actio Publiciana?* Datur ad hoc, ut quis declaratur quasi dominus, & res restituatur, cum fructibus, & expensis. *Manz. n. 41. 42. Et j. 99.*

#### §. R U R S U S, §.

Secunda actio Prætoria vocatur actio *restituenda*, vel *restitutoria*; cuius est iste

*Casus.* Perdiidi meum horologium, idque invenit Cornelius, & ignotus ad quem spectaret, vendi ut Sulpitio. Postea Sulpitius legationem, & Republicæ causa, suscepit, & a Principe suo ad regem Hispaniæ, tamquam Ambasciator, missus est, meumque horologium, bona fide emptum, secum tulit, atque per triennium absuit. Cum autem reverteretur, vidi apud ipsum horologium meum, quod peto mihi restitui Sulpitius recusat. Conspicitur *Questio*, quomodo

do mihi adversus Sulpitium consultum sit? Certum est, quod inspecto iure civili, nulla mihi eo tempore actio. *R. 110.* quia Sulpitius horologium, utpote rem mobilem triennium præscripsit *Lun. Cod. de usurcap. transmissio.* adeoque Sulpitius mea actionem per exceptionem præscriptionis elideret, illudque mihi solatium remaneret, quod sancitum in *l. 23. & l. 112 ff. de R. J.* puta, quod actionem nullam habere videatur qui perpetua exceptione à limine iudicis repelli potest. *Manz. n. 5.* Verum, cum absentia alterius nulli debeat esse præjudicialis, *l. 140. ff. de R. J.* Et hoc Prætor, *aquarate* motus, actionem *restituendam* induxit, quæ imploro officium iudicis nobile, ut me in integrum restituat, usucapionem rescindat, & me ad agendum pro meo horologio, perinde admittat, ac si usu capta non esset. *Manz. n. 6.*

Hoc *observa*, vehementer inter se collatis *DD.* an in actione restituenda duplex detur remedium, *rescindens*, & *restituendum*, an unum duntaxat. Sunt, qui duplex statuunt remedium, *rescindens*, & *restituendum*. Rescindens (*contendens*) illud esse, quando Prætor, imploratus à læso, rescindit usucapionem, & removel omne obitaculum, per quod actor ab intentanda actione impediatur. Rescissivum vocant illud, quod competit, rescisso obitaculo per remedium rescindens, & hoc remedium restituendum est ipsa actio restituenda, quæ post rescissam usucapionem competit. *Manz. n. 2. & Zuef. hoc.*

Sunt alii qui statuunt iudicium rescindens, & rescissivum esse quidem duo diversa, uno tamen actu expediri, adeoque non opus esse duplici libello, duplici pronuntiatione sententiarum, &c. sed in uno libello, in una huius contestatione,

e. sententiâ totum iudicium expediri pofse. Ita *Zach. ff. de maior. n. 60. Cujac. lib. 7. obf. 31. Imò Harp. Inft. hic. n. 7.* conftanter afferit, ita fe rem habere, ut, cum a Magiftratu reddatur hæc actio refcifforia, tacitè, & fe ipfa fimul quoque ufucapio reftituitur, l. 28 *Cod. de poff. litem velis. l. 9 ff. quod met. cauf.* Verùm, ut lit, illa difceptatio de jure duntaxat veteri procedit.

40 Aliud obtinet de jure novo, quod pro tua utilitate, ut perfpicue intelligas, *Nota.* Quod de jure novo (faltem *Auftriacæ*) reftitutionem in integrum folus Princeps impetrari poffit, ad eoque propius conceffione fufus ille implorandus fit. Ita *D. Jo. n. Henr. Reuter in fun. differtens. jur. civ. & Auftr. tab. 14. n. 98. Concordat Walter de jure confuet. Auftr. lib. 1. tit. 37. in illis verbis. Wervoblen der reftitutio in integrum, darumben vor vinfaltig angelanget werden, ein vinfaltiges Regal, auch auferem Herren, und Landfürften aus habender Macht ohne Mittel anzufehen, &c.* Vido etiam *Fauflervald. lib. 1. obf. 94. n. 4.* & præcipuè *Sutzing. obf. 102.* Itaque in præmiſſo cafu debeat ac-

41 cedere principem, eque supplicare, ut nec reftituat in integrum, & ufucapionem reſcindat. Ubi tamen *Nota*, quod notandum monet *Sutzing. loc. cit.* nimirum advocatum, qui reftitutionem in integrum petit, impenſe debere confiderare ſequentia. I. num non competat remedium ordinarium, per quod læſio emendari poſſit: habito enim remediò ordinario, non eſt excurrendum ad extraordinarium, l. 16, ff. *de minor.* Unde pendente appellatione, reftitutio in integrum non petenda. *Walter loc. cit. in hangeuden appellations. Zachen & c. i. e. Pendente appellatione novo a rebus conventis reftitutum impetrare debet: non cum ceciderit & cunctis paffim remedia or-*

*dinaria & extraordinaria. II. num caufa fit ſcicita*, ob quam quis petit, ſe reſtitui in integrum? qualis eſt *innocentianus*, *perſona miſerabilis*, *metus*, *dolus*, *abſentia neceſſaria*, &c. *probabilia.* Cæterùm, læſio minima attendi non ſolet. *Sutzing. loc. cit. n. 7.* his verbis: *Wenn nun das Gericht & c. i. e. Cum iudex ſuper incertiſſima caufa, nullas vales novas rationes reſtituendi in integrum: qui reſtutionem petit ex prætorum cauſa: ſi qua triſta cauſa mihi videbitur: leve-ec ea præſidium habet.* III. num reſtutionem petens læſionem legitime probaverit? reſtitutio enim non, niſi læſionis gratia conceditur. Unde ca-42 veant advocati, petrocinantes implorantibus reſtutionem in integrum, ne libellum offerant abſque expreſſione læſionis, ſive cauſæ, ob quam clientes in integrum reſtitui velint. *Sutzing. u. 4. Carpzov. jurif. 43 pendens foren. p. 1. conſ. 16. deſinit. 23. num. 1. IV. num reſtitutio intra legitimum tempus petatur? Sutzing. n. 5. Tempus autem petendæ reſtutionis eſt quadriennium continuum tam de jure comuni, l. ſu. *Cod. de temp. in integr. reſtit.* quam de jure *Auftriacò. Reuter loc. cit. n. 99.* Quod minorænnibus de jure communi incipit currere finita demum minori ætate, id eſt, ab initio anni vigefimi ſexti. De jure autem *Auftriacò* ab initio anni vigefimi tertii, juxta dicta *ad Tit. XXI. lib. 1.* Alius verò à die ceſſantis abſentiae, aut alterius impedimenti, l. ſu. *Cod. de temp. & in integr. reſtit. Reuter. cit. num. 99. Jaſon. verò in auct. Quæ ætates Cod. de SS. Recler & Fauflervald. lib. 1. obf. 105. n. 3* generaliter à tempore ſcientiae currere, docent.*

Sed, ain, qui ſequitur, ſi præmiſſa concurrant? tunc advocatus reſtā petit, ut à principe reſtitutio in integrum concedatur, & in hunc finem porrigen-

dos

duo est principi libellus supplex. quem deinde princeps remittit ad iudicem ordinarium ejus, contra quem petitur restitutio, ut ei communicetur ad respondendum; habito responso, id ad principem remittitur, & si principi æquum, justumve videatur, restituit læsum ex absentia in integrum, causa verò principalis, num videlicet in casuposito horologium meum sit, nec ne? cognoscenda relinquatur iurici ordinario. Ita Sutting. obs. 102. n. 1. his verbis: *Wenn eine Parthei &c. i. e.* Cum alii contendunt, quia restitutionem petat à principe, à quo ea ex provinciali consuetudine petenda est; tunc exigit principi responsum (*bericht und gutachten*) per consiliarium regium, a iudice ordinario (*Laud. mors. b. d. s. l. v. gen. v. b.*), &c. vero ab altera parte (*von dem gegenwärtigen*) responsum caput, ac pergit juxta ordinationem agere, ut in responso ad principem consuletur. 44. *em. remittendo fieri solet.*

Dubatur, intra quale tempus intentari debeat actio rescissoria, & quamdiu duret? §. I. ad primam partem, inspecto Jure communis, intra illud tempus intentandam esse actionem rescissoriam, ad quod latus restrictus est, ut, si ad 10. dies, restitutus sit intra illos, si ad annum, intra annum, *l. ult. Cod. de temporib. restit. & l. 26. §. 8. ff. ex quib. caus. major. §. II* ad secundam partem, durare uno annq. utili, *text. luc. Schneid. n. 76. & Schomb. hic. §. Q.*

De jure Antiquo restitutioni finiendæ certum terminus non est præfixus, *is Sanderon. §. ff. legat. &c. i. e.* Verum, cum pars adversus in mora est, respondendi super petenda restitutione tunc qui petit, solet adversarium ad id compellere per ordinarias litteras compellatorias, adhibet deinde chirographa hoc comminatoria: *nisi responsum citat petam restitutionem ab adversario h. e.*

*ut fiat propter moram ab ipsa iudice ex officio conceptum, ad regentem aulicum remissum ira.* Ubi autem ipse vel autum prætor negotium h. n. l. prosequatur; pars a diversa, ex n. possit sententiam contra eum latam, alia. e. j. l. i. c. decreta. ex jura ordine persequi, ex pacto præstare eum, qui restitutionem petebat, a continuationem adagere. Sed intra quod tempus remittendum sit responsum illud, quod de ipso regimine aulico, Et per hoc de prima instantia iudice requiritur; id jam diximus hanc esse definitum, nec terminum esse constitutum; quoniam, multa sunt cause cur id defuisse, fere impossibile sit.

Quid sit actio rescissoria. Definitur, quod sit actio Prætoris, qua, rescissi usucapione, agitur ad rem à possessore usucapionem, quasi iniquam usucapionem sit.

Q. An realis sit, an personalis? Realis esse, qualis fuit actio, per præscriptionem amissa, ita, ut si illa realis fuerit, & hæc realis erit. Si personalis, hæc quoque talis erit; hæc enim actio non est propriæ actionis species, sed solum qualitas adjecta actionis amissæ, & hinc, si ante usucapionem mihi competierit actio realis, eam actio rescissoria erit. Contra, si prior actio personalis fuerit, etiam hæc personalis erit. Ut ecce; Titius mihi vendidit reses suas, & nondum tradidit. Ego postea, Reipublicæ causa, 30. annis abesse cepi, ita, ut actio ex empto per præscriptionem extincta sit. Hoc in casu ex legationis raddux supplico principi, ut præscriptionem rescindat; & pristinam actionem mihi restituat, que deinde vocabitur actio personalis ex empto rescissoria. Schneid. n. 9. à Sommering. Diss. b. s. n. 59.

Cui competat, Et contra quem? Cum actio rescissoria, ob illam ex absentia actio-

45

46

47

hensionem, detur, non omnis autem sufficiat absentia, id.ò videndum, qualis requiratur absentia Ubi. *Obſerua* Vidari absentie species. I. est absentia necessaria, & probabilis simul: tali absentia abesse dicitur, qui ægritudinis causa, abest, l. 60. ff. de re iud. Item, qui Reipublice causa, abest, fortè, quia d. gr. in octava, v. leg. si. ne iungitur, l. 1. ff. ex iur. caus. major. & l. 45. ff. rod. *Brunn. ibid.* II. est abicitia probabilis tantum, hac sententia abesse dicitur, qui abest, studiorum causa, l. 87. ff. de legat. III. est absentia necessaria tantum, qualis in eo datur, qui abest, delicti causa, fortè, quia, relegatus est, vel quia, metu criminis, fugam cepit, l. 10. ff. ex quib. caus. major. vel, quia sine decore in publico comparere non audeat. *Brunn. in d. l. 10. n. 2.* IV. absentia est voluntaria sine contumacia, qualis est in mercatoribus, qui vadunt ad nundinas, arg. l. 36. ff. rod. *Brunn. ibid.* V. absentia est voluntaria cum contumacia, hac abesse dicitur, qui citatus ad iudicem, contumaciter non comparuit, l. 23. ff. de iud. p. u. h. c. *Schneid. Inst. l. i. c. 22.*

His præhibent. datur actio rescissoria præſenti contra absentem, quacunque absentia quis abſuerit: *text. hic.* ubi actio rescissoria datur contra eum, qui Reipublice causa abſuit, ut proinde multò magis contra illum dabitur, qui alia ex causa abſuit. Ratio huius est, quia absentia unius alteri non debet esse præjudicialis, præcipue quòd præſenti nulla culpa, aut negligentia imputari possit. *Vara. mun. 23. Schneid. mun. 24. Constat ut dicta conclusio procedat, nisi absens reliquerit domi procuratorem, quem præſens convenit, atque ita remediò ordinariò, convenire, atque ita remediò ordinario uti potuisset, text. in l. 22. §. 2. ff. ex quib. caus. major. Schneid. mun. l. i. c. 22. n. 2.*

*Dices*, non valet agere, non currit præscriptio, l. 1. §. fin. de curat. Except. Sed præſens contra absentem non potest agere, ergò contra illum non currit præscriptio, consequenter nulla opus est restitutione. *arg. l. 1. §. fin. procedere de cu*, qui non potest agere, ob aliquod impedimentum juris, sicut illius. *ſam.* durante potestate patris, bona adventitia à patre alienata, revocare, aut eo, minime agere non potest. Jus enim civile patris, jus agendi concedit, l. 6. §. 2. Cod. de bon. que lib. Secus est in eo, qui ob impedimentum facti; agere non potest, qualis est præſens respectu absentie. *Harp. mun. 14. Inst. hic.*

Datur II. actio rescissoria absentis contra præſentem, qui rem absentis usufrucipit, l. 1. §. 2. ff. d. l. 1. M. Ito autem absens quis fuerit absentia necessaria, & probabilis simul, d. l. 1. §. 2. vel absentia probabilis tantum, l. 28. ff. d. l. Illis enim, qui ex causa voluntaria, vel necessaria tantum abſuerunt, actio rescissoria nullò modo accommodatur. *Schneid. mun. 34. Manz. n. 14. §. 25. Myosius mun. 25.* Ratio prioris est, quia absentis, Reipublice causa, nemini debet esse damnosa, l. 140. ff. de R. J. Ratio posterioris, quia, necessarii absens ex delicto non debet sperare lucrum, c. 7. de iud. *§. c. 9. de dolo* absens verò voluntarie sibi debet imputare, quòd domi procuratorem non constituit, vel suis negotiis ipse non attenderit, *Id. A. l. c. cit.*

III. Datur actio rescissoria absentis contra absentem per *text. l. ult. ff. ex quib. caus. major. Brunn. ibid. Alenoch. lib. 4. §. assumpt. 189. n. 124.*

Non obſtat, quòd privilegiatus non utatur privilegio contra æquè privilegiatum, arg. l. Aſſidens. 12. Cod. qui pos. in pig. *It. enim I.* quod hoc procedat,

cedit, si diversa, non verò, si paria  
sint privilegia, prout diximus *Lib. I. c. 1.*  
*ff. n. 41. R. 2. neg.* privilegium esse  
privilegium, quia non est sol. absentia,  
s. etiam sol. c. ut in hoc privilegio,  
& absentia referuntur, praescribent  
autem solus non est *S. de i. n. 47.*

49 *ad p<sup>re</sup>sentem parat?* Cuius h<sup>oc</sup> actio aliquando fit reus, aliquando ver<sup>o</sup> per sonalis, pro qualitate actionis, per prescriptionem extinguitur, & per restitutionem refutatur. Ideo in reali competit ad declarationem donum, vel iuris, quod actio e<sup>st</sup> rea rem presentem. In personalis ad donum, vel faciendum id, ad quod reus se obligavit. Schneid. n. 22.

§. ITEM, SI QVIS. 6.

III. Actio "reitoria, est actio *Pau-tana*, qua revocatur res, in fraudem creditorum alienata.

50 *Calus Adonis Pardiane* : Sempronius mihi debet ex causa mutui 200. ff. quos se in feilo S. Michachis soluturum, ad-  
spondit. Ego, finito soluti onis termino,  
Sempronium interpellavi, quatenus me  
solveret. Ille recusat, & cum a lverte-  
ret, ille celone n intentaturum, scy-  
phum autem, quem f rre solum adhuc  
in tota sa, substatia habuit, alienat, &  
pecunias, inde redactas adeo dissipat ut  
nihil de debito meo consequeretur Quo-  
modo mihi in simili casu consultum sit?  
*Certum* est, quod contra Sempronium,  
debitorem meum nuncissum agerem, si-  
quidam inopus est actio, quam inopia  
debitoris excludit, l. 6. ff. de dolo malo.  
&, ta nenti ad penam p ssum agere, l.  
fin. §. pñ. ff. si quid in fraud credit id  
tamea minus ardet mihi, cum parum  
utilitatis exinde feram, quod Sempro-  
nii mancipetur carceri.

### Access and Information

Ideo Q an non aliud remedium sup-  
petat, quo meae inde iniuri valeam con-  
sultere? Res suppetere remedium adro-  
nas *Paulana*, à pratore ideo introductum  
ne fraudulenta alienatio creditorum mihi  
noceat, per quam actionem revoco sci-  
pionum à debitore in fraudem meam alie-  
natum; à quocumque possessore, perinde  
ac si alienatum, est traditio; à debito-  
re facta nunquam sufficit. *Manz. n. 7.*  
*Schneid. n. 13. & text. huc.* Unde patet.

Quod sit actio Pindiana, definitur enim, quod sit actio prætoria, qua creditores revocant id, quod per debitores in fraudem creditorum alienatum, & traditum est, perinde, ac si alienatio, & traditio nunquam facta fuisset, text. hoc *Et* in l. 1. *Cod. de revocand. usque in fraud. Chinzensis. Inst. l. inc. n. 26.*

Pro quibus rebus competat? Sic statim: per actionem Paulianam revocari possunt res non tantum mobile, & immobilia, in fraudem creditorum alienatae, sed etiam incorporeales, veluti si debitor utilitatem usufructus, vel aliam servitutem, aut jus ventus, piscandi, colligendi, &c. in fraudem creditorum alienaverit, pecuniaque inde redactas dissipaverit, Schneid. n. 17. Alienare autem in fraudem creditorum dicitur non tantum ille, qui *venit, donat, &c.* sed etiam, quando alio quodam modo patrimonium suum *diminuit*, v. g. qui rem pro *derelicto* habet, ut alius eam occupet, qui debitorem suum liberat per *acceptilationem*, vel pactum de *non petenda*. Item, qui licet mori, id est, in causa *opellatorum, fectilio*, labi patitur; vel rem hypothecae supponit; aut *fraudem* facit, &c. l. 3. l. 4. ff. *quae in fraud. cred.* Broun. *ibid.* Coef. n. 7. Pirez. ad Cod. de *revocand. quae in fraud. cred.* n. 8.

**Dubitatur, an ille etiam in frandem**

Gggg credi-

creditorum alienare dicitur, qui, dum potest, non acquirit, v. g. *hereditatem delatam*, vel *legatum* relictum repudiat? *negativè per l. 6. ff. d. r. ubi dicitur*, quòd hæc actio ad diminuētes patrimonium suum pertinet, non vero ad eos, qui id agunt, ne locupletentur; atqui ille, qui non acquirit, dum potest, non dicitur diminuere patrimonium, sed duntaxat illud non augere. *Perez. loc. cit. n. 18. Schneid. n. 20.*

53. Non obstat, *l. 45. ff. de jure Fisci*. Ubi Paulus respondit, si quid in fraudem fisci acquisitum, seu acquisitum non sit, revocari. Etenim id singulare privilegium est in fisco, quod ad alios non spectat, *Hup. p. n. 12.*

Urget: Ideam, quod acquiri potuit, si non sit acquisitum, non videtur in fraudem fisci factum, *l. 26. ff. de jure fisci*. Vide *Perez. loc. cit. n. 14. Cossy. qua in fraud. cred. n. 9. Brun. in d. l. 26.*

54. Quibus competat? Competit actio Pauliana omnibus creditoribus, in quorum fraudem alienatio facta est, eorumque successoribus, *l. 10. ff. qua in fraud. cred. ut.* Nec refert, si ex contractu, si ex quasi-contractu: si ex delicto, si ex quasi delicto: si pure si ex conditione debeatur; hi enim omnes, nomine creditorum, comprehendendi intelliguntur, *l. 10. l. 11. & 12. ff. de R. V. Schneid. n. 22. Et seqq.*

55. Contra quos competat? Antequam designamus, contra quos hæc actio Pauliana detur? *Ubi res.* Titulum alium esse oportet, in quo lucrativum. Titulus onerosus, ut si datus per remittit ad lucrum tam in re, quam in fructu, talis et si in re sit, non competit. *Perron. citat. &c. Paul. s. lucrativus est*, quod d. res est, qui in re est sine onere & gravamine, id quod dandi, vel faciendo, et hic est *triplex Donatio, Leg. et*

*&c. Schneid. n. 31. Manz. n. 29.* His permissis et actionem Paulianam competere contra omnes illos, in quos bona in fraudem creditorum translata sunt, eorumque successores, eadem saltem, quatenus ad eos aliquid pervenit, *l. 10. §. 1. l. 11. ff. qua in fraud. cred. Glette Inj. h. r. n. 61.*

Multum tamen refert, an is in quem facta est alienatio, rem titulo lucrativo: an oneroso possideat? Enim verò, si rem titulo oneroso possideat, actione Pauliana tunc de rem in tenet et quando utriusque, id est tam alienantis, quam accipientis fraus, & d. lus intervenit, *l. 10. §. 1. Et d. 2. ff. d. r. ubi dicitur* cavetur, quòd is, qui in loco oneroso rem recipit, non sit particeps fraudis, & hac actione non teneatur. Si verò titulo lucrativo rem in fraudem creditorum alienatam, quis, ut deat revocare et actione teneatur, etiam si fraudis particeps non fuerit, *l. 6. §. 11. ff. d. r. Ratio d. firmitas est*, quia is, qui titulo oneroso possidet, certat de damno vitando; qui verò titulo lucrativo possidet, certat de lucro captando.

Non mirum ergò quod contra illum non detur actio Pauliana, quia in pari causa melior est conditio possidentis, *l. 2. ff. ut possid. bene* vero detur contra hunc, quia melior est conditio certantis de damno vitando, quam de lucro captando. *Manz. n. 20. Hup. n. 14. Concord. Walter de jure co. p. 1. Arg. l. 1. l. 2. tit. 8. per t. r.*

Qua recuperatio? Ut etiam Paulus in 17 commentat, *l. 1. et recuperatio, n. cessat est*. I alienanti facta lucrativa hæc est in fraudem & per lucrum in reductionem facta, *l. 10. §. 1. ff. l. 1.*

Quæ autem usque paratur? *Observa. 18.* Fructus enim et lucrum, alium consistit, alium esse. *l. 1. et s. continetur dicitur*, quæ





ratione ei adis sui non plenè satisfacti queat. Cum rei debitor, etsi dolosa facta sit alienatio, nihilominus solvendo est, habetque quo ceteris creditoribus suis satisfiat; tunc locum non habet revocatio; sequidem creditorum non interest.

III. Requiritur, ut creditores, alienationem debitoris ignoraverint. *Walter de jure consuetud. lib. 2. tit. 8. Zum anderen. . . i. c. Deinde, locus revocationis est; cum creditoribus in scus alienatio est facta; cum enim iam in compertam habuerit, nec intercesserunt, aut contrahenti quicquam adversus eam significaverunt; tunc non possunt revocationem petere.*

61 Quando proponenda sit? Actio Pauliana intra annum utilem intentanda est, l. 1. l. 10. ff. *quæ in fraud. credit.* Ratio, quia hæc actio est Prætorii; remedia autem Prætoria plerumque sunt annualia, *Silvest. mon. 80 Mainz. numero. 3.*

62 Sed unde, à quo tempore currit annus iste? Sunt, qui doceant, annum currere à tempore alienationis, factæ à debitore. Ita *Wesemb. in Paratit. d. 1. numero 12.*

Movetur I. per l. ult. ff. *eod.* ubi in hæc verba rescribitur: *Hujus actionis Annus computamus utilem, quo experundi potestas fuit, ex die facta venditionis.*

Movetur II. per l. 20 § 18 ff. *eod.* his verbis: *annus hujus in facta actionis computatur ex die venditionis bonorum.*

At communiter est, & hinc, *versumilio sententia*, quæ docet, annum utilem currere a die factæ executionis. Ita *Hummel. in de j. & j. tom 3. traç 2. cap. 2. cont. 3. mon. 174. Luchow. ad Arentl. vol 2. disp 24 ibi c. lit. F. Perre al Cod de rev. c. lit. que, &c. n. 3. Sennel. titus 83. Muz. Bargal. de*

*dolo, & culpa lib. 5. cap. 8. item 24. Brunem in d. l. 10 § 18. n. 27. Schumb. linc. in fine. Facu I. pro hac sententia, l. 1. ff. quæ in fraud. credit. ubi dicitur, quod annus utilis incipiat currere à tempore, quo experundi potestas fuerit; atqui ante executionem debitoris non est experundi potestas, l. 1. Cod. d. 1. argo.*

Facit II hæc ratio, quia non valent agere non currit præscriptio, l. 1. Cod. de annal. except. sed ante executionem debitoris contra bonorum possessores non potest agi, l. 1. & nos paulò ante v. 2. ergo Concord. *Walter de jure consuetud.*

*Anst. loc. cit.* in illis verbis: *Von dato über Wessenben an zu raiten*; atqui creditores non possunt scire, in suam fraudem à debitore bona alienata esse, nisi facta sit executio, operari enim possunt, non obstante alienatione, debitorem adhuc solvendo esse. At *textus oppositus*, illi non sic esse interpretandos, quasi annus computaretur à die venditionis, factæ à debitore; sed à die venditionis bonorum, factæ à creditoribus ex decreto prætoris, ut sensus sit, actio Pauliana incipit currere ab illo tempore, quo debitoris bona auctoritate Judicis vendita sunt, & constat, ea expungendis debitis non sufficere. *Perre. & Luch. loc. cit.* Ex *deff. h. bus actio in Pauliana duntaxat c. 1. n. 1. 1. 2.* hæc tamen conclusio patitur de re non habes *Limitationes*. I est in rebus in corpore habuis, sive in actionibus, vel in si debitor in fraudem creditoris debita rem suam liberasti, quo casu etiam non ad revocationem illam liberationem, tantum tempus datur, quantum actio illa debitoris durasset, l. 10 § 23. ff. *eod.* II. est in alienatione, sive ex causa lucrativa, illud enim, quod ex causa lucrativa ad possessorem perpetuo

hoc

hoc est, intra 30. annos, revocari potest, d. l. 10. §. 24. *Brunn. ibid. Schrad. n. 81. Et Cnpzov. p. 2. conf. definit. 20. n. 3*

63 *Ad quid competat? Aetio Pauliana datur, ut res, in fraudem creditorum alienatae, etiam, non refuso pretio, l. 7. ff. cod. una cum fructibus restituuntur, l. 10. §. 20. ff. h. t. Et l. 38. ff. de usuru.*

64 Sed, quales fructus sunt restituendi? Dicendum videtur, omnes indistincte fructus restituendos esse, arg. §. 35. *sup. de R. D. Et l. 22. Cod. de R. V. ubi dicitur quod male fidei possessor universos fructus teneatur restituere; atqui is, qui fraudis particeps, à debitore emittitur, est utriusque male fidei possessor: ergo.*

Verum, hoc non obstante, communiter obtinet, illos duntaxat fructus esse restituendos, qui tempore alienationis terrae cohaeserunt, & qui post interdictum iudicium percepti sunt. Illos vero, qui medio tempore, quod intercessit inter alienationem, & litis contestationem, percepti sunt, in restitutionem non venire. Ita aperte sancit *text. l. ult. §. 4. ff. quae in fraud. cre. lit.*

Non omissa dubitandi ratio, aliud enim est in rei vindicatione, in qua de domo quaeritur, aliud in revocatoria, seu Pauliana actione, quae tantum rei alienationem rescindit. In illa enim fructus omnes restituuntur à male fidei possessore, qui sciens rem alienam tentat, ejusque fructus percepti, d. l. 22. In hac vero tantum agitur ad restituendum id, quod in bonis debitoris fuit, & in fraudem creditorum alienatum est, d. l. n. r. §. 4. Sed fructus, medio tempore percepti in bonis debitoris nunquam fuerunt, utpote percepti post transitum à debitore dominium *Conf. ff. Quae in fraud. credit. Perez. l. cit. n. 15.*

Urges in actione Pauliana omnia re-

vocantur, perinde, ac si nulla alienatio facta esset, per *differt. text. l. 10 §. 22. ff. d. t. ergo restituendi quoque sunt fructus, medio tempore percepti, alias enim non omnia reponerentur in pristinum statum, d. l. 10. §. 22. intelligendam esse secundum l. ult. §. 4. ut nimirum nulla alienatio censetur facta respectu fructuum, qui tempore alienationis terrae cohaeserant, & post litis contestationem percepti sunt. Ita *Birtol ad d. l. fin. Zoef. Et Perez. loc. cit.* rationem, more suo subtilem reddit *Bachov. ad Treutl. l. 2. d. p. 24. th. 5. lit. E* quia nimirum Praetor succurrere voluit creditoribus cum nimia injuria eorum, qui à debitore emerunt, & satis putavit esse, si creditores rem recuperarent, quae à debitore alienata fuit; qualis alienatio fructuum, medio tempore perceptorum, facta fuisse, dici non potest, eo quod debitoris non fuerint.*

*Instans ex l. 10 §. 20. ff. cod.* ubi etiam fructus percipiendi restitui jubentur ergo multo magis fructus, medio tempore percepti *ff. d. l. 10 §. 20.* esse intelligendam de illis fructibus qui percipi poterant post litem contestatam, vel de terrae cohaerentibus tempore alienationis, *Brunn. in d. l. 10. §. 20.*

§. Item Serviana. 7. de actione Serviana, & quasi Serviana.

IV. Aetio Praetoria est Serviana, à Servo Praetore talis d. et. *Myn. d. 10. 65* pro cuius meliori cognitione. *Nam* Pignus aliud esse expressum; aliud tacitum. Illud est, quod expressa conventionione partium constituitur; puta, si debitor & creditor expressè conveniant de rei in securitatem creditoris oppigneratione. Hoc est, quod, partibus etiam tacitis, abque expressa conventionione ex dispositi-

uone legis conficitur. Sic bona rusto-  
rum, & circa urum tacite pignus, & me-  
moribus pro aduocato pignore interuenientem  
ratela hypothecata sunt. 20. ff. de ad-  
muni. tut. Item bona rusticorum tacite sunt  
pignoratitia uero pignus, l. 1. §. 1. C. d.  
de reuocac. o. l. 1. ar. 1. qui in rep. ten-  
dam domum pecunias erudit, tacite ha-  
bet domum sibi hypothecam, l. 1. ff.  
in quib. caus. pign. vel hypoth. ta. et contrab.  
Item locatus pro annua pignus de omnia  
illata, & inuenta a conduttore tacite obli-  
gata sunt, l. 1. ar. 1. in l. 2. & 4. ff. d. t.  
& hoc quoad locatorem pradium urbani,  
si ne altercatione procedat, ita, ut om-  
nes admittant, ea, quæ in pradium ur-  
banum illata, & inuenta sunt, locatori  
esse obligata, siue ignorante locatore, il-  
lata, & inuenta sunt.

¶ Sed Q. an idem procedat in illatis, &  
inuenta in pradium rusticum? Sunt viri  
sententiarum authoritatis, qui iudicis  
prosequenti, ea, quæ in pradium rusti-  
cum illata, & inuenta sunt, puta, ara-  
ria, & c. non aliter pignori ob-  
ligata esse, nisi per expressam partium con-  
ventionem de pignore interpositam. Ita  
sentit de adposcend. remedi. 3. q. 4. n.  
33. B. l. loc. tra. 3. de m. 3. disp. 3. 34. A-  
nnua. exercet. 18. ibi 7. Vinn. l. 1. hic.  
num. 8. Harp. num. 12. Zoef. ff. in quib.  
caus. tacit. & c. num. 2. S. h. m. hic Mo-  
uentur l. arg. l. 4. ff. de pign. l. ubi cautum  
est in pradium urbanum illata, & in-  
uenta pignori obligata esse locatori, et  
quod ubi nominatum convenit, ergo  
illata in pradium rusticum non erunt pi-  
gnori obligata, nisi nominatum conven-  
tum sit.

Mouetur II. per l. 4. ff. in quib. caus. ta ut  
per has verba eo iure utitur, ut, quæ in  
pradium rusticum illata, & inuenta, pigno-  
ri obligata non erunt, si tacite convenit  
ut pignus in pignus NB. contra obijciuntur.

Mouetur III. hac potissimum ratio-  
ne, quia (dicunt) locatori pradium rusti-  
ci fructus tacite obligari, l. 7. ff. rod. ut  
proinde per hos ei sufficienter prospec-  
tum, consequenter sit. Sicut autem se  
habet in pradium urbanum, utpote in  
quibus nulli alii sunt fructus præter ip-  
sam pensionem annuam, ut proinde ne-  
cessè fuerit locatori per illa, & inue-  
cta providere, cui alias pro pensione an-  
nuæ in nihilo prævidendum foret.

Sed I. Tamen si hæc sententia, veritas  
specie fingat, tunc non sit destituta  
fundamentis, communis tamen DD.  
calculo obnoxia ad hoc ut illata & in-  
uenta in pradium rusticum locatori pi-  
gnori obligentur, exorsæ partium con-  
ventionem non opus esse, sed sufficere sci-  
entiam, & voluntatem domini. Ita te-  
nent Schneid. num. 15. l. 1. hic Neguzant.  
de pignori. p. 2. membr. 4. num. 145. Hinn.  
ad Treutl. vol. 2. disp. 25. ibi 2. q. 32.  
Sichard. ad l. Certi 5. Cod. de locat. Pro  
hac sententia facit l. 1. §. 3. ff. in quib. caus.  
tacit. his verbis: Si horreum conductum  
fuit, vel deverforium, vel arca, tacitam  
conventionem de inuenta, & illatis etiam  
in hoc locum habere putat Neratius, quod  
verum est; atqui horreum, utpote in quo  
reponi fructus solent prædium rusticum  
esse, quæ ita in Jure hospes est, quæ  
ignoret!

Facit II. l. Certi. 9. Cod. de locato. ubi  
in hæc verba differtè rescriptum est: cor-  
ti juris est, ea quæ voluntate dominorum  
coloni in fundum conductum induxerint,  
pignoris iure domini prædiorum tenent.  
Sed ubi vero domus locatur, non est neces-  
saria in rebus inuenta, vel l. 1. in sententia  
domini, nam ea quæque pignus in rebus tenen-  
tur. Advertis, ad hoc, ut illa à colono  
in prædium rusticum cum domino iure pi-  
gnoris teneantur, l. 1. in sententia ejusdem  
ar. 1.?

Argumenta contra, sed nec in ventus appenderetur, si hoc sunt hili, nec pili. Quid attinet? *et c.* nec negando confit. Argumentum enim contrarium, licet in se rectum sit, non sit illud tamen non procedit, ubi aperti iuris textus rei sunt, prout refragantur, l. 3. §. 1. p. dolo ante allegatur.

II. Aliud non probat, quam in prædiis rusticis requiri scientiam, & voluntatem domini, ita, ut hæc scientia, & voluntas illud sit, quod in prædiis rusticis contra observatur: nos vero ipsi ultro largimur, ad hoc, ut illata in prædium rusticum neque pignoris obstringantur, scientiam & voluntatem domini d. c. c. c. c. c.

III. Ipsorum adversariorum inane commentum est, existimantium, per fructus locatori prædii rustici sufficienter cautum esse. Sed quid? si nulli nascantur fructus? Quid? si non sufficientes? Mala prædicta est consequentia: Fructus locatori prædii rustici tacite obligantur, ergo sufficienter pro securitate, ergo multæ aliæ res obligantur. Nos ipsi concedimus, fructus locatori prædii rustici pro annua pensione obligari, sed *negamus*, & *per arguimus*; non etiam obligari reliqua, in prædium rusticum illata, & invecta. Manet itaque inconcussa veritas, illata, & invecta in prædium rusticum neque pignoris obstringi, modo scientia, & voluntate domini illata, & invecta sit. Imò praxi, & usu receptum est, illata, & invecta in prædium rusticum domino obligari haud aliter, quam locatori prædii urbani, hoc est, si se scierit, si se ignoraverit, aliquid illatum, aut invectum esse. Testes agunt *Mev p. 4. decis. 127. Brunn. in d. l. 3. §. 1. in quib. caus. tract. n. 4.* His in antecessum præmissis, sequitur.

Causa *ADRIANI SERVIANI*. Ego locavi

Semper pro prima iustitiarum ædium con-  
signationem pro annua mercede 700 fl.  
Ile varias res, puta, *ejusdem p. l. in sa-  
petes, anima, filiopeia*, &c. inveniit,  
& anno finito pensionem debuit, in me sol-  
venda res vero, quas in linea mea acce-  
dit, & in *Levetium alienavit*. Ego Sempro-  
nium aliquoties interpellavi, quatinus  
solveret in eadem annuam, att ille  
cussavit. Q. *quid? non cognovisti?*  
Certum est, quod contra Sempronium  
mihi competat actio personalis ex lecto  
verum succedenti tunc non alibi, in ven-  
do, atque adeo inane fieri actionem,  
quam inopia debitoris excludit. Quid sit  
modus? Habeo actionem Servianam in e-  
tra *Conventum* qui et *conventum*, *ad p. l. in*, quod  
sit actio *Prædicta* *restituere* *d. l. in*, *et c.*  
pro rebus in prædium locatum a creditore  
eo animo, ut per personam essent, *in d. l. in*, *et c.*  
illata, contra quemvis possessorum, *excep-  
tione* *condictio*, ad hoc, ut res alienata  
actori restituantur, etque satisfiat pro an-  
nuæ pensione, *et d. l. in*, *a condictione*  
*f. d. l. in*, *n. 22. Sed in d. n. 13.*

Cui competat? Hic opus, hic labor, tot<sup>69</sup>  
enim sunt occurrunt sententia, quot ca-  
pita. Sunt, qui hanc actionem nulli alii  
accommodent, quam locatori prædii rus-  
tici, pro rebus ectioni, expressi partium  
conventionem obligant. Ita *Hann. old. de*  
*J. §. J. tom. 5. str. 2. cap. 2. num.*  
*173. Obligation. Inst. l. c. q. 41. S. P. d. l.*  
*luc. Gletle. num. 66. à Somming. num.*  
*77. Moventur per §. Item. Serv. aut. 7.*  
*luc. in verbis: Serviana quos expellitur de*  
*rebus colonis, que pignoris jure pro mercede*  
*de fundi et tenetur.* Qui hanc sententiam  
admittunt, simul docent, actionem qua-  
si servianam competere pro aliis omni-  
bus, tam *geni alibus*, quam *specialibus*:  
tam *expresis*, quam *causis hypothecis*.  
Sunt alii, qui ad omnem servianam omni-  
bus illis tribuunt, qui tamen quaecun-  
que

que pignus habent. Ita *Oldendorp. claus.*  
 3. ad. 11. *Jul. Pac. Inst. luc. Aynsig.*  
 num. 26. Sunt denique alii, qui hanc  
 actionem nulli alii applicent, quam loca-  
 tori, non adhibens differentiam, an loca-  
 tor sit prædii rustici, an urbani? modò  
 locator sit. Ita *Mantz. num. 25. Schneid.*  
 n. 54. *Harp. num. 1. Anal. Inst. luc.*  
 Moventur præcipue per text. §. 7. h.c.  
 qui, tametsi de locatore prædii rustici  
 tantum loquatur, ob identitatem tamen  
 rationis ad alios locatores rectè extenditur.  
 Dico locatorem. Unde *Colligitur*, quod  
 is qui alieni grana, vel mercede in pecu-  
 niam numerata non constituta, habita-  
 tionem concessit, pro deterioratione rei  
 necesse hanc actionem non habeat, eo  
 quod non adit contractus locationis con-  
 ditionis. *Mantz. Et Schneid. loc. cit.* Ego  
 scio res, cui videlicet competat serviana  
 vel quasi serviana actio? multum anxie  
 consulendum esse, non duxi, haud igno-  
 ramus eas in effectum non deferri, & in ju-  
 ris, nenter confundi, atque promiscue  
 uti. *Jul. Pac. Inst. luc. §. Nota V.*  
 70. *Quem tenet?* Actio Serviana  
 datur I. contra conductorem fundi rustici,  
 et, qualis vocatur *Colonus Schneid. n.*  
 23. II. contra conductorem prædii urba-  
 ni, qualis vocatur *Inquilinus l. 5. Cod. de*  
*locato. Schneid. ibid. III. contra heredes*  
*tam coloni, quam inquilini, active enim*  
*& passive transit ad heredes. IV. datur*  
*contra quemvis possessorem extraneum,*  
*qui res, à conductore illatas, possidet.*  
*Sed vid. num. 50. Mantz. num. 41. Mysig.*  
*hic. Ratio prima est, quia hæc actio*  
*realis est. Jul. Pac. Inst. hic v. Not. III.*  
*ergo rem comitatur. Oldendorp. cl. §. 3.*  
*ad. 11. q. 5. Ratio secunda, quia res*  
*transit cum sua causa, & onere, l. 22.*  
*Cod. de Extrac. pign. Brunn. ibid. Quod*  
*sine alteratione procedit, quando locar*

so, seu Arrestatio bonorum facta est,  
 hoc est, quando de ipsis bonis investus  
 confectum est publicum Instrumentum,  
 l. 36. ff. locati ubi sciendum, quod loca-  
 tor, si conductor in mora sit solvendi  
 annue mercedis, possit citare confici  
 aliquod *Investitum*, & in eo bona con-  
 ductoris conscribi; quæ (ut vocantur, In-  
 clusio, seu Arrestatio juxta omnes hanc  
 vim producit, ut bona conductoris alie-  
 nata transeant cum suo onere in quem-  
 cunque possessorem. *Mysig. non. 25. Ol-*  
*dendorp. loc. cit. §. 2. q. 7. Schneid. num.*  
*52. Wesenb. in parat. ad ff. in quib. caus.*  
*tacet. num. 6.*

Sed Q. an bona illata ante inclusionem  
 etiam cum suo onere tacite hypotheca trans-  
 seant in quemvis possessorum? Sunt, qui  
 negativè subscribunt per text. l. pen. ff. in  
 quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. ubi man-  
 cipia illata, tametsi pro pignore obliga-  
 ta sint, manumitti tamen possunt ante  
 præclusionem, seu arrestationem. Item  
 per l. Generaliter 29. ff. Qui, Et a quib.  
 manumitti. Ubi generalis hypotheca non  
 impedit, quia minus servus manumissus  
 liber fiat. *Afirmativa* magis arridet,  
 quæ docet, bona, à conductore illata,  
 & ante Inclusionem alienata, transire  
 cum onere tacite hypothecæ in quem-  
 cunque possessorem. Ita *Schneid. num.*  
*53. Mantz. num. 48. Harp. §. 1. quib.*  
*mod. recontrab. oblig. num. 29. Schamb.*  
*hic. Neguzant. p. 2. metub. 4. num. 132.*  
*Zach. ff. in quib. caus. tacite num. ult. Pe-*  
*rez. ad Cod. eod. n. 15. Ratio sola, sed*  
*solida est, quia alia tacita hypotheca an-*  
*te inclusionem esset inanis, & ferè nul-*  
*lus est, qui, si liberè alienari posset.*  
*Dein, absurdum est dicere, res sit ul-*  
*tracum in prædium urbani mundi & sic*  
*riat, obligatas esse, & non lib. man. sine*  
*onere hypothecæ alienari posse, ita, ut loca-*

ter, eorum causa, actione Serviana adversus possessorem experiri aequat.

Ad *Textus oppositus* R. id, favore libertatis, singulare esse, ut generalis hypotheca manumissionem non impediat neque adeo perinde magis constat quam infirmari nostram sententiam, eo quod *Jus singulare* in uno significet *Jus commune* esse contrarium in alia. *ad. A. A.*

- 72 Pro quibus rebus censetur? Competit actio Serviana pro us rebus, quæ nexu taciti pignoris locatori obstrictæ sunt, *text. hic*. Sunt autem taliter obligatæ illæ duntaxat res, quæ à colono, vel inquilino in prædium rusticum, vel urbanum eo animo illatæ, vel invecitæ sunt, ut perpetuò ibi maneant, l. 7. ff. quib. caus. & l. 32. ff. de pignor. ly. perpetuò autem ita velum, intelligas, ut non eternitatem, sed illud tempus designet, quamdiu durat locatus conductio. *Menoch. 2. arbit. caus. 441. Schneid. n. 36. Unde Coliges, pignoris*, ad usum quotidianum destinatas, Item *Vestes quotidianas, Libros studiosorum*, & alias res ad quotidianum usum destinatas, tacite obligare. *Schneid. mon. 40. & seqq. Harp. §. 4. Inst. quib. mod. re const. oblig. a. n. 22. usque ad n. 43.* Ratio fundamentalis est, hæc, quia illæ res, quæ sub generali hypotheca expressa non veniunt, etiam nexu tacite hypothecæ non obligantur; ne alia major vis sit taciti, quam expressi contractus, l. 195 ff. de R. J. atqui præmemorata res sub generali hypotheca expressa non veniunt, l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pignor. *Zosf. ff. de pignor. n. 12. Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 24. ergò*

- 73 Dubitatur, an merces, in domum conductam invecitæ, tacite pro pensione censentur obligata? Dixeris, quod non, ea enim est naturæ, & conditio mercium, ut quotidie distrabantur, & commutentur ad instans.

tur, ita ut non perpetuò maneant in domo conducta.

Verum, contrarium tenendum, puta merces pro pensione obstrictas censeri, non in specie, sed in genere, quasi pignus ducet, per substitutas alias merces in locum alienatarum, l. 34. ff. de pignor. Facit etiam huc, l. 13 ff. rod. ubi, grege, pignori obligat, si aliquæ decedant, & alia in locum substituantur, ut pignoris Jure teneantur, ut etiam in nostro casu statuendum sit, neque ita verificetur, species, quæ tempore cessat, & solvenda pensionis eant, pignori affectas esse. *Perræ. ad Cod. in quibus caus. mon. §. Zosf. rod. n. 4. Schneid. n. 39. Harp. loc. cit. n. 28.*

Quæ requiruntur ad actionem Servianam? Requisita actionis Servianæ absolvent quinquæ. I. est, ut præcesserit contractus locationis conductionis *text. hic. & l. certi Jura Cod. de locato*. Unde, prout velut ali eo fuit, actionem servianam non dari, ubi habitatio pro mercede non consistente in pecunia numerata, concessa est, eo quod non esset contractus locationis conductionis. II. requisitum est, ut res fuerint illatæ, & invecitæ in prædium conductum *arg. l. §. Cod. in quib. caus. Unde, quæ illatæ non sunt vel extra domum relictæ, pro pensione tacite obligatæ non censentur d. l. §. Mynsing. n. 14. Manz. n. 40.* Et in hoc differt tacite hypotheca, locatori constituta ab aliis tacitis hypothecis, utpote, quæ citra illationem obligantur, veluti res mariti pro dote, res Tutorum pro administratione, &c. *Schneid. mon. 55.* III. est, ut sint tales res, quæ in generali expressa hypotheca veniunt, l. 6. ff. de pignor. Unde omnes illæ res, quæ non veniunt sub hypotheca expressa generali, nexu tacite hypothecæ non teneantur, sic, quia vestes quotidianæ

tidianæ, pecuniæ ad quotidianum usum destinatæ, b. n. s., fideicommissis subiecta aut alienari prohibita, sub hypotheca generali non veniunt l. 6. §. 8 ff. de pignori l. su §. 2 & 3 Cod. communis de legat. 2o l. ff. de pign. n. 12. Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 42 Id. d. n. c. tacite hypothecæ non obli. auguntur. S. h. n. 57. Manz. n. 34. Ratio, qui a n. d. bet plus operari tacitum, quam expressum arg. l. 3. ff. si cert. pet. IV. ult. ut res eo animo lateat sint, ut perpetuo ibi maneat, pet. ut, & pro quibus competat? paulo ant. diximus V. requisitum est, ut prius bona debitoris exeat autur, quam actio serviana contra extraneos intentari queat a. u. b. loc. si debitor. Col. de pignori. Ubi O. s. r. v. De Jure Cocca possit extraneum in actione Servianæ impetiri ante excussum principalem, l. 8. & 24. Cod. de pignori. Verum, Jure Novellarum aliud obtinet d. a. u. b. loc. si debitor. Perez. ad Cod. de pignori. n. 14. Zaf. loc. cit. num. 21. vide Brunn. in d. l. 28. Berlub. p. 2. concl. 24. 66. §. siq. potest, quæ & qualis probatio in actione serviana requiritur? longius foret excutere, vide Schneid. n. 58. Illud tamen nota bene, commo ius esse, & consultus, intentare Interdictum Servianum, quam actionem Servianam, vel quasi talem, cum nullo sufficit probare possit finem debitoris absque dominio arg. l. 24. ff. de R. F. occurrit vero in actione Serviana, in bonis debitoris fuisse, probari debeat, quæ probatio difficilior, quam possit esse.

75 Ad quid competat? Competit actio Serviana ad hoc, ut iudex declaret, actori Jus hypothecæ in illis competere, remque restituat reus actori, donec satisfiat leoninus positione. Manz. num. 10.

Dices: Actio serviana non tus videtur esse laudis, ergo inefficax est, tanta de

huius actionis natura abstruxisse. Anteced. ostenditur exinde, quia pro perfectione huiusmodi pignoris competit Interdictum Salvianum, quod intentare tutius est, quam actionem Servianam arg. l. 24. ff. de R. F. §. L. Inutile non esse, habere plures actiones, plura remedia, ut nimirum in casu, quo uni remedio renuntiavit, habeat quia regressum ad illud. §. II. dari casum, teste Schneid. b. n. 67. in quo Interdictum Salvianum locum habet, sed præcisè opus est actione Serviana, nimirum quando debitor obligat rem, quæ quidem tempore obligationis in bonis ejus fuit, illam tamen non possedit, hoc in casu, cum possessionem debitor probare non posset, necessario intentanda est actio Serviana, de qua sic dictum fuit sequitur.

De actione quasi Serviana. Hæc actio quasi Serviana aliò nomine vocatur hypothecaria, text. hic. & l. r. Cod. Communis de legat. pro cuius meliori inte lecta figuratur iste.

Casus: dedi Pamph. 10000. fl. mutui, & ut de debito magis mihi cautum foret, hypothecavi mihi fundum suum. Postquam tempus, solutioni præfixum, effluxit, interpello Pamphilum, vel mutuum reddet, vel hypothecam in solutum cederet. Ille recusat, fortè, quia non vult, vel, quia non potest, eo quod fundum alienaverit in tertium. Quidnam modo mihi consultum sit? Certeum est, quod inspecto Jure civili, nulla mihi competat actio, quia pacta non efficiunt rem, sed personam & ex nudo pacto quo hypotheca constituitur, de Jure civili non producit actum. Prætor tamen, cum videret, quod hypotheca parum prodesset, nisi Jus reale poneret, constituit, ut hypotheca ipsam rem afficeret, producitque Jus reale, l. pignori. ff. de pignorat. act. l. 18. Cod. ; end..

*ead. Negoz. part. 3. memb. 1. num. 1.* neque adeo adionem hypothecariam, quæ *Definitur*, quod sit *actio Prætoria, realis, perpetua*, quæ datur creditoribus, expressam, vel etiam *tacitam*, hypothecam habentibus, adversus debitorem & excusato debitore, quemcumque possessorem ad hoc, ut actor hypothecam retinere, vel abstinere possit; si debitor solutionem non præstiterit, vide *Schneid. num. 69. Dixi I. Prætoris*, quia ex nudo pacto proficitur, l. 4. ff. de pignor. l. 1. ff. de pignorat. n. f. adeoque non competet, l. 7. §. 4. ff. de pign. nisi Prætor acquiescente, eam introduxisset, *Harp. n. 26. Dixi II. perpetua*, tamen enim hæc actio Prætoris sit; cum tamen sit rei persecutoria, quandoque durat 30. quandoque vero 40. annis *Oldendorp. q. 5. m. fin. v. perpetua*. & nos *Lab. II. Tit. VI. n. 39.* cetera verba ex decursu patebunt.

Qui competat? Antequam dilucidetur, an actio hypothecaria: seu quasi Serviana detur? Nota, actionem quasi servianam ab actione Serviana in duobus præcipue differre, I. est, quod actio quasi Serviana, seu hypothecaria competat tam pro expressi, quam pro tacita hypotheca. Serviana e contra detur tantum pro tacito pignore, quod lex in solo contractu locationis in rebus, à conductore illatis, constituit, ita, ut Serviana actio pro nullo alio pignore detur, quam illo, quod à lege in bonis, in prædium urbanum, vel rusticum illatis, constitutum est; actio verò quasi Serviana generaliter competat pro omni alia hypotheca, tam expressa, quam tacita *Schneid. num. 73. II. est*, quod actio Serviana pro rebus duntaxat mobilibus: quali verò Serviana detur pro rebus tam mobilibus, quam immobilibus, prout paulo post latius examinemus. Interea colligis quod actio quasi Serviana detur I. creditori,

cui bona sunt hypo hecata *text. bre. II. compet. hæreditibus creditoris, l. 1. §. 2. Cod. si num. ex plurib. hered. III. Legatus, & fidei Commisarius, l. 1. Cod. commun. de legat. IV. Callianio vel emptori pignoris, hypothecæ, l. 1. ff. & Cod. de hered. vel. a. f. vend. V. alteri creditor cui prius creditor obligavit suum nomen debitoris, l. *Mornes Cod. quæres p. gn. oblig. poss. zel.* cui pignus pignori dedit, l. *greg. §. cum pignori ff. de pignor. §. b. 1. Cod. si pign. pignor. dat. sit. Neguzant. p. 8. memb. 2. n. 2. Schneid. n. 78. §. 79.**

Contra quem detur? Actio hypothecaria datur I. contra principalem debitorem l. 24. Cod. de pignor. & hypoth. II. contra heredes debitoris, l. 1. §. 2. Cod. si num. ex plurib. hered. III. contra quemvis tertium possessorem. Ratio, quæ hæc actio realis est, adeoque sequitur quemlibet possessorem, l. 17. ff. de pignor. §. l. 18. Cod. eod. *Schneid. n. 80. Neguzant. loc. cit. num. 1. Morn. n. 28.* requiritur tamen, ut prius excutatur debitor, quum conveniatur tertius possessor ante hoc, si debitor. Cod. de pignor. *Berlinb. p. 2. concl. 24. n. 66.* quæ de re paulo post lat. n.

Dicitur: actio hypothecaria datur contra tertium, etiam non excusato debitore principali *Nov. 112. cap. 1. §. 1. ergo. 22. d. Nov. 112. cap. 1. §. 1. loqui de casu singulari, quo debitor, actione hypothecaria jam in iudicio conventus, rem hypothecam alienavit F. h. h. 8 cap. 105. Bruun. in l. 10. Cod. de pignor. n. 10. aliter Carpov. p. 2. cons. 18. def. 12.*

Quæ sint Requisitæ quasi Servianæ actio 78 n. 7. I. requiritur, ut creditor hypothecam, sibi constitutam, habeat, l. 23. ff. de probat. II. ut sic talis res, quæ obligari potuit, unde res sacra, sancta, religio-



se, &c. in actionem hypothecariam non veniunt. Ill. ut prius executum debitor principalis, quam contra tertium actor hypothecaria moveatur, *d. ant. hoc fi debitor Cod. de pignor.*

- 79 Qua probari debeat in actione Hypothecaria? Admirulò distinctione dicimur la vegie hxc *l. vcl* enim creditor agit adversus ipsum debitorem, vel contra tertium. Si prius? tunc sufficit, quod creditor probet, rem sibi hypothecatam esse, nec opus est, quod actor probet debitorem rei oppigneratæ dominum esse; enim vero, si d. b. tor exciperet, & diceret, se rei oppigneratæ dominum non esse? non audiretur, utpote allegans propriam turpitudinem, *l. 21. §. 1. ff. de pignor. §. l. 41 ff. de pignorat. act. Schneid. n. 59.* Si posterius, hoc est, si creditor agit contra tertium, non sufficit probare, rem nexu pignoris obligatam esse, sed insuper creditor probare debet rem hypothecatam in bonis debitoris fuisse, hoc est, debitorem re hypothecatâ, tanquam suâ, usu n. esse, *l. 15. §. 1. ff. de pignor. l. 3 Cod. eod.* Unde colligere possis, longe commodius, & consultius esse, imitare interdictum Salvianum, vel quasi, quam actionem Servianam, vel quasi, in priori enim casu sufficit probare possessionem debitoris absque domino, *l. 24 ff. de R. P. Schneid. huc. n. 50.* videtur quonque Ricov. *ad. Treutl. vol. dist. 1. th. 7 lit. H Gail 2. obs. 26. num. 2.*
- 80 Ad quid datur? Datur ad hoc, ut actor hypothecam retinere vel alienare possit, si debitor solutionem præstare recuset. Schneid. *num. 89.*

### §. IN PERSONAM. 8.

Hactenus videmus de prætoris *reallibus* actionibus, sequuntur modo *personales*, puta, actio de constituta pecunia, actio de peculo, & actio in solutum ex iura-

jurando. Actio *scriptis exolevit*, differebat ab actione de constituta pecunia, quod illa pro omnibus indistinctis rebus: hæc pro rebus tantum fungibilibus competierit.

### §. DE CONSTITUTA. 9.

Constitutum nihil est aliud, quam nudum pactum, quo quis promittit, se soluturum id, quod ipse, vel alius debet, cum reflexione ad prius debitum. *S. hanc. hic.* Quæ ultima verba impensio notæ, velim, enim verò, si debitum nullum præcesserit, non constitutum erit, sed nudum pactum, non producens actionem, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Itaque, ut actio de constituta pecunia locum habeat, debet promissio fieri debiti præ existentis, prout ex dicendis luculentius patet. Interim pro meliori intellectu consurgat ista

Casus; Credidi Stichò 50. l. quoniam in festo S. Michaelis se soluturum adspondit; verum, promissis non stetit, adeoque statui, Stichum in Judicium trahere, eumque actione impetere Supervenit Titius, me rogans, ne Stichum coram Iudice conveniam; sed potius adhuc per duos menses feram patientiam, se postea soluturum id, quod Stichus mihi debet. Ego Titii petito detuli, atque per duos menses expectavi. At, nec tunc Titius (licet aliquoties interpellatus) solutionem præstat. Q. *qualem mihi contra Titium competat actio?* Certum est, quod de Jure cívili nulla mihi competat actio. Ratio, quia constitutum sit per nudum Pactum; ex nudo autem pacto de Jure cívili actionem non produci, in confesso est *l. 7. §. 4. de pact.* ex ratione, tum, ne nimium constringatur oris libertas, tum, quia nuda pacta videntur ex levitate emissâ, circa animum, efficaciter se obligandi, tum, ut evitetur luxum multitudo.

Verum, quia fidei humane nihil magis

gis congruit, quàm ea, quæ placuerunt, custodire, l. 1. ff. de pact. l. 20. Cod. de transact. & præterea promissio, cum reflexione ad prius debitum facta, non videatur tam leviter emissa, quàm nudum pactum. Idem, Prætor, naturalis æquitatis ratione inflexus, introduxit actionem de constituta pecunia; de qua in ff. & Cod. de constit. pecun. integri Tituli exsunt.

- §1 Concinnè autem describitur, quòd sit actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, perpetua, quæ datur contra eum, qui per nudum pactum constituit, se soluturum id, quòd p. ius ipse, vel alium quidam ex nudo pacto, vel quæcunque causâ debebat text. hic. §1 Cod. eod.

Dixi I. Prætor, ratio, quia Prætor eam induxit, l. 1. l. 16. ff. de constit. pecun.

- §2 Dices: ergo est annalis arg. princip. Inst. de perpet. § temp. ad. ubi dicitur, actiones ex edicto Prætoris descendentes, plerumque esse annales. ¶ Actionem de constituta pecunia esse rei persecutoriam l. 18. § 2. ff. d. 1. adeoque esse perpetuam, prætoris enim actiones, quæ sunt perpetuæ, hoc est, omnes sunt perpetuæ, hoc est, durant 30. annis, l. 2. Cod. eod. & propterea dicitur in princip. Inst. de perpet. § temp. act. plerumque. Harp. Alanz. & communiter omnes in d. princip. ubi D. O. dante; & nos discutimus, quæ prætoris actiones sint annales? quæ perpetuæ?

Dixi II. personalis, ratio, quia non ex domino, sed ex conventionione oritur. Harp. n. 5.

- Dixi III. per nudum pactum, ratio, quia in casu, quo quis per stipulationem promissit, se soluturum id, quod ipse vel alius debet, non actio prætoris: sed civilis ex stipulatu competeret. Schneid. n. 12. Mynsing. n. 4. Ratio, quia habitò remediò, ordinario non est ecurrendum ad extraordinarium, l. 16. ff. de Memoy. Unde, si ex præsentem inestitit: constituitur, se

soluturum, quod Titius debet? & tunc, R. conjunctur. Adversus te actio ex stipulatu datur, non vero de constituta pecunia, utpote, quæ tunc demum competit: si quis absque præsum. interrogatione, fortè per nudum pactum, per Epistolam, vel per Nuntium promittat, se soluturum id, quod ipse, vel alius debet.

Qui competat? Competit I. ei, cui per nudum pactum constitutum est id, quod ipse, vel alius debet text. hic. II. ejusmodi rebus, l. 1. l. 2. Cod. de constit. pecun. num. 14.

Contra quem competat? Competit I. contra eum, qui soluturum se, promissit, quod ipse, vel alius debebat, etiam ex delicto text. hic. §1 l. 29. ff. de constit. pecun. Harp. n. 20. II. datur contra hæredes constituentis, l. 1. & 2. Cod. d. t. III. datur etiam contra sœminas, si pro se constituerent; sœcus, si pro aliis, l. 1. §. 2. ff. h. t. Sicut enim mulier juvatur SC. Fideiæm beneficiò, si pro alio fidei jussit, ita quoque juvatur, si pro alio constituerit. Schneid. num. 36. Zoesl. loc. cit. n. 4. Brunen. in d. l. 1. §. 2. P. Engel. de fideiuss. §. 1.

Quæ sint requisiæ actionis de constituta pecunia? Ad actionem de constituta pecunia desideratur I. ut constitutum fiat nudò pacto; alias, si per stipulationem quis constituat, se soluturum, quod ipse debet vel alius, non actio hæc: sed actio ex stipulatu produciatur, prout p. ius. ante dictum est. II. ut debitum aliquod præcedat, l. 2. Cod. de constit. pecun. Ratio, quia constitutum est prioris debiti confirmatio, ut proinde dari nequeat, nisi debitum præcedat. Schneid. num. 21. Perez. ad Cod. eod. n. 4. Verùm, cum debitum triplex sit, aliud naturale tantum, aliud civile tantum, aliud naturale & civile simul. Schneid. d. lo. idem videndum, quale debitum rectè in constitutum deducatur? Itaque sequitur.

86 *Affertio I.* Naturale, & civile debitum simul quin non tantum ab ipso debitor, sed etiam a tertio, antea non obligato, in constitutum recte deducatur, nemo, v. si qui lucem tu mercede; negas l. §. 2. ff. de cons. pecun. Jenson l. n. 45.

*Dices:* Ad quid prodest constitutum in casu, quo ipse debitor ex naturali, & civile obligatione tenetur, nunquam ordinaria actio ex contr. sin. precedente competit? R. ad hoc prodest, ut commodiori loco, & tempore solvatur, v. g. tu promissisti, te soluturum Roma, hoc casu potest constitui, ut solvatur Vienna. Vel, tu debes 100. fl. in m. m. m. aurea, constitui potest, ut solvantur in m. m. m. argentea. Vel, tu debes mihi naturaliter tantum, ut promitte contra te actio mihi competat, potest constitui, ut pro 100. debito mihi detur actio Mysing. num. 9. 10. Et 14. Schneid. num. 22.

87 *Affertio II.* debitum naturale tantum etiam in constitutum recte deducitur, l. 1. §. fin. ff. d. t. Ratio, quia prator naturale tantum equitatem in hoc edicto attendit, quæ ad producendam hanc actionem sufficit, atqui in debito naturali versari æquitatem naturalem, nemo est, qui non intelligat; ergo *Menz.* num. 29. Unde fac, tibi ex testamento imperfecto legatum deberi, hoc in casu, ad illud consequendum, nulla tibi competit actio, l. 12. Cod. de testam. Si tamen hæres per nudum pactum constituit, se illud legatum soluturum tantum robur legato accedit, ut per actionem de constituta pecunia eum poterit peti possit. *Schneid.* n. 23. *Weyerb.* n. 9.

88 *Affertio III.* Debitum civile tantum constitui non potest, l. 2. §. 1. ff. de cons. pecun. Ratio quia tale debitum nullam habet naturalem æquitatem, cui soli Prætor suffragari voluit. *Menz.* num. 30. *Mentua.* lib. 19. de amb. Et sic,

convenit. tit. 3. n. 4. *Bachov.* ad *Trenst.* vol. diff. 23. tit. 7. Lit. F.

*Dices:* obligationi, civili tantum, potest accedere fide jussio §. 1. *Inst. de fide juss.* ergo etiam obligatio, civilis tantum, poterit constitui. R. con. ant. neg. consequ. Disparitas est, quia fidejussio est contractus Jur. civilis, quoniam per stipulationem, quæ mera Juris civilis creatura, est, contrahitur, ut mirum non sit, obligationi, civili tantum, quam obligationem civilem, puta fid. jussoriam, accedere posse, ita, ut ipso quidem Jure obligetur, licet per exceptionem non numerata pecunia elidatur. Constitutum vero ex Edicto Prætoris est introductum, & Prætor tueretur solam naturalem æquitatem, quæ si non subest, constitutum locum habere non potest *Menz.* num. 41. *Chlusinger.* §. 43. ob. 1. *Schneid.* n. 26.

*Ad quid competat?* Actio de constituta pecunia datur ad hoc, ut fiat, quod constitutum est v. g. ut solvat pecunias, quas promissit, vel præstet factum, quod præstandum in se recipit *Oldendorp.* in *pract.* n. 4. Et §. 4. §. tenendum.

*Dubitat,* an is, qui pro alio constituit, habeat beneficium ordinis, seu excussionis? vel, si plures pro alio constituerint, habeant beneficium divisionis? R. affirmativi. Ita *Schneid.* num. 29. *Perr.* ad *Cod. loc. cit.* num. 14. *Zoef.* ff. de cons. pecun. num. 20. *Mosentur* per *Nov.* 4. cap. 1. ubi generaliter cautum est, quod omne omnino genus intercedentium possit opponere exceptionem ordinis vel divisionis; nequi constitvens pro alio datur utique intercedere, ergo. Illud silentio notui involvere, quod, si quis se soluturum promittit, omne id, quod constituerit, Cajum debere, non teneatur; nisi in vita Caji calculus subducatur, & de debiti quantitate constet,

constet, adeoque, si prius moriatur Cajus, quam constet, quid & quantum debeat? promissor liberetur per *desert.* *lex. l. 122. §. Agere 4. ff. de V. O.* Ratio, quia forte debitor, si viveret, suas rationes & exceptiones, quibus debitum impugnare posset, haberet. Et iste casus adeo specialis est, ut, nisi expresso textu niteretur, quilibet contrarium diceret, testante id *Schneid. n. 52. & Brun. ad l. 122.*

#### §. ACTIONES. 10.

Quid? & quod duplex sit peculium? *Lib.*

*II. Tit. IX §. 1.* exposuimus, sequitur

- 89 Causa Actionis de peculio. Sulpicius concessit filio suo certam summam pecunie, ut cum ea, quasi cum proprio patrimonio ageret. Filius deinde à me bovem emit 20. fl. quos promissit solvere in festo S. Michaelis; sed promissis non fuit, & pater interea filio ademittit peculium. *Quam contra patrem possim intentare actionem?* Certum est, inspecto Jure civili, quod non. Ratio, quia nemo ex contractu alterius obligatur. *l. pen. Cod. ne uxor pro uxor. & filius non tenetur pro patre, nec pater pro filio l. 1. Cod. ne filius pro patre.* Quare de jure civili si velint agere contra ipsum filium, sit forte *Cassius* eni: vel quasi tale peculium habet, agnam, necesse est; si verò id genus peculium non habeat, possum actionem de peculio contra patrem intentare, pater enim, concedendo peculium filio suo, tacite concedere, & permittere videtur, ut ille ut peculiotenus obligare possit. *Manz n. 22.*

- 90 Quid sit actio de peculio? Describitur, quod sit actio Prætoris, personalis, que detur ex contractu filii contra patrem ad hoc, ut solvat, quatenus est in peculio.

- 91 Cui competat? Competit actio de peculio contrahendi cum filiosam. cui pater concessit peculium.

Contra quem competat? Datur contra patrem. Ratio quia filius ex præsumpta voluntate patris tenetur contraxisse. Sane, si pater peculium filio ademerit, hac actio utriusque non tenetur, *l. 45. ff. de peculio*, cessat enim præsumpta voluntas qua pater, in contractum filii consensisse, videtur. *M. 2. n. 43.* dimmodo bona filio ademerit, *l. 21. ff. eod.* nam, si dolo, & in detrimentum creditorum ademisset peculium, adhuc teneretur pater, dolo enim in omni actu censetur exceptus. *Schneid. n. 14.*

Quæ sit Requisita actiones de peculio? 93

I. requiritur, ut filius habeat Peculium, puta, *profectitium*; de adventitio enim pater conveniri non potest, ratio, quia filius in eo parti præjudicare non potest. Quod si verò pater filio remisit usum fructum, poterit etiam pater, ut legitimus administrator, peculiotenus conveniri. *Schneid. n. 15.* II. requiritur debitum, a filiosam. factum ex contractu, vel quasi. Enimverò ex delicto, vel quasi ipse filius tantum; non etiam pater conveniri potest juxta illud: ex premissis causis non solet de peculio actio in patrem dari, *l. 58. ff. de R. J.* pater enim non ad delinquendum; sed ad contrahendum dedisse peculium, intelligitur, Sane, si filius ex delicto in Judicio condemnatus fuit, executio sit peculiotenus contra patrem, *l. 35. ff. de noxal. act.* ratio quia per litis contestationem filius quasi contraxit, ut proinde non ex delicto: sed quasi ex contractu obligatus sit *Harp. buc.*

Ad quid detur? Datur actio de peculio ad hoc ut solvatur id, quod ex contractu filii debetur; quatenus tamen se peculii quantitas extendit, ultra enim pater conveniri non potest limitata enim causa limitatum producit effectum. *Manz. mon. 46.*

Illud adhuc pro coronide hujus affirmis notandum, quod pater, hac actione inspectus, habet privilegium deductionis, id est ante omnia possit deducere, quod sibi aut personis, suæ potestati subiectis, debeat, l. 1. §. 1. & 2. ff. de peculo. *Mauz. n. 54. Schneid. n. 38.*

*Dices;* sic reliqui creditores nihil accipient, quia patri debetur totum peculium. R. tenum esse non de peculo concessio; sed, si post peculium datum filius cum patre contrahat, debitorque ejus maneat, tum pater hoc debitum prius poterit deducere.

Potio hæc actio de peculo concurret cum actione exercitoria, infortioris, & actione de in rem verso. Ita tamen, ut, si quis unam ex his elegerit, ad aliam recurrere nequeat, præterquam, si, iusto errore ductus minus commodam elegerit *arg. l. 22. ff. de except. rei jud.* Unde colligitur, quod, quoties de eadem re agitur, excepti rei judicatis obstat, quod minus denuo agi queat, prout hanc rem late demonstrat. *Huyn var resol lib. 4. p. 8. q. 1. ubi vide.* Cum verò ista actio plerumque ex contractu servorum, & filiorumfamæ, descendat; hodie autem servitus ex orbe Christiano, tanquam dura Tyrannis, exulare iusta sit, ideo.

Dubitar, an etiam in *Momachus* locum habere possit? Vide *Trenul. vol. 1. disp. 24. th. 11. lit. G. & Bachov. ibid.* Ego huic rei, cujus nullam, aut exiguam utilitatem, multum laboris tribuere, oportet premium non duxi.

### §. ITEM SI QUIS II.

94

*Materia de Jure-jurando & utilis est, & in foro frequens.* Juramentum enim optimum dicitur litium expediendarum Remedium l. 1. ff. de Jure jur. Quare huic materię impigre insudandum. *De;*

*factus* Juramentum, quod fit Invocatione Divini nominis ut testimonium veritatis. *P. Konig ad. Decret. de Jure jur. num. 2. S. Thom. 2. 2. q. 89. n. 1.*

*Dividitur* I. in assertorium, & promissorium. Assertorium est, quo rei præsentis, vel præteriti veritas assertitur; siue quod interponitur, quidpiam vel asserendo, vel negando, esse vel fuisse, v. g. Juro, me in D E U M credere. Juro, me Titium non occidisse. Juro, me hanc rem juratum non esse. De futuro hoc Juramentum non emittitur; nam, cum de futuris contingentibus ordinari non habeatur certa cognitio, temerarium foret, de iis assertive jurare Promissorium est, quo promittimus, nos aliquid futurum, vel facturos, aut non facturos, adeoque confirmatur dictum de futuro, v. g. juro, me elemosinam daturum, Romanum peregrinaturum, non blasphematurum, &c. *Perrhing. ad Decret. Sec. 1. §. 1. n. 12. de Jure-jur.*

II. Juramentum discerpitur in volentarium, judiciale, & necessarium. Ita *Perrhing. loc. cit. num. 20. P. Konig. Lib. 2. Tit. 24. n. 42. & seq. Zaf. ad Jus Can. de Jure Jur. num. 33.*

### DE JURAMENTO VOLUNTARIO.

Juramentum voluntarium (quod alii *extrajudiciale* aut *conventionale* vocitant) <sup>97</sup> definitur; quod fit illud, quod ex conventionione parti parti defert extra Judicium sub ea conditione, quod velis ab altervori processu abstinere. Et Juramento fiare, si præstiteris, v. g. Ego, remotis arbitris, Titio 100. fl. mutuos dedi, quos cum termino præfixo non restitueris, requiro ipsum, quatenus mihi illos redderet. Titius absolute negat, se à ne aliquid recepisse. Ego, omnibus a iis re mediis probatoriis destitutus, & lites judiciales exosus, Titio defero Juramentum, ut juret, 42

se mutuum non accepisse. Hoc Juramentum vocatur voluntarium, seu extrajudiciale, & si praestitum fuerit, Titius à solutione debiti liberatur, cò quòd ego, quasi transgressus, videar, & post Juramentum praestitum non amplius interrogatur, num aliquid debeatur? sed tantum num juratum fuerit? *L. 22. §. fin. ff. de Jure Jur. l. 5. §. 2. ff. eod. P. Rom. loc. cit. num. 43.* Dixi notanter: *absolutè negat*; enimverò, si Titius constitatur, se quidem mutuum accepisse; sed excipiendo asserat, illud jam solvisse, non debeo tam incautus esse, ut eidem deferam Juramentum, quia Titius excipiendo sit actor, adeoque hujus exceptionis affirmativam ipsi probare incumbit, *arg. l. 2. §. 1. 19 ff. de probat. P. Engel. ad Decret. de Jure Jur. num. 20.*

**DE JURAMENTO JUDICIALI.**

- 98 Juramentum *judiciale* vocatur illud, quod pars parti deferat in Judicio, approbante id Judice, seu auctoritate Judicis interveniente. Porrbus *loc. cit. n. 20.* Juramentum hoc *judiciale*, differt à *voluntario*, seu *extrajudiciali* l. quòd *judiciale* deferatur in *judicio*, voluntarium verò *extra judicium*, *arg. l. 17 ff. de Jure Jur. P. Engel. loc. cit. n. 21.* II. quòd, si alicui deferatur Juramentum *judiciale*, is vel teneatur jurare, vel, si nolit jurare, debeat referre, *l. 38. ff. eod. ica*, ut, si neque juraverit, neque retulerit, habetur pro confesso, & teneatur solvere, *l. 34 §. fin. ff. eod.* Contra se habet in *juramento voluntario*, quod non habet tantam necessitatem; sed, si malit is, cui delatum est per viam juris procedere, & in *judicio litigare*, poterit pro arbitrio facere, *l. 17 ff. de Jure Jur. P. Engel. loc. cit. n. 21. Trif. ad Jan. Canon. de Jure Jur. num. 34.* Dixi: qui *is*, cui Juramentum delatum est, teneatur ex
- Legi ad testat.*

his et huiusmodi facere; *vel inire*, *ut Juramentum referre, vel solvere.*

Sed, ain? quid *Juris*? si Juramentum retulerit actor; hic autem p<sup>re</sup>tere recuset? Tunc actor perdit actionem, & reus absolvitur, *L. 34. §. fin. ff. eod. ibi: ex relatione, non jurante actore, absolvitur reum, Brunem. ibid. num. 25.* Constitatur, nisi actor justum, relatum Juramentum retractandi, causam habeat, sicut in casu, *l. Marcel. II. §. 1. ff. de ad. rem amot. ubi*, qui rerum amotarum actione experitur, potest alteri Juramentum deferre, ut juret, se nihil amovisse, quale Juramentum retracti non potest, *d. l. 11. §. ult. Carptov. p. 1. conf. 13. def. 10. §. 11.* Ratio, quia deferens non habet scientiam facti alieni. Porro, sicuti actor Juramentum, a reo sibi delatum, ex p<sup>re</sup>sta causa retractare potest, *d. l. 11. §. 1. & §. fin. ita*, contra v<sup>er</sup>sa, reus Juramentum ab actore delatum, retractare potest, si justam retractandi causam habeat. Qualis est *l. 4. §. 1. qui Juramentum judice alio deferat, jurare nolit de calumnia, d. l. 34 §. 4. II.* Si deferens non habet potestatem retractandi, *l. 35 §. eod. III.* Si is, cui deferatur Juramentum *judiciale*, jam ante intentionem suam *pleni* probaverit; vel saltem alio modo *legitimo* probare velit *cap. 2. §. de probat. Trif. ibid. n. 41.* IV. Si deferatur super facto alieno, *ignoto*, ei cui deferatur v. g. si deferatur *heredi* super facto defuncti, *arg. l. 11 §. 2. de ad. rer. amot. Tutori, vel Curatori super facto pupilli, arg. l. 4. §. de m. lit. jur. V.* causa, recusandi Juramentum delatum est; si quis semel delatum, & revocatum Juramentum iterum deferat, *l. 11. Cod. de Jure Jur.* ubi dicitur, quòd, si quis alteri derulerit Juramentum, & illud, quia credidit, se posse rebus, vel instrumentis causam suam probare, *ignotum*

revocaverit; postea in defectu alterius probationis, amplius Juramentum de ferre non possit, & per consequens reus d latum rectè recusat. Ratio videtur esse ista, quis delationi Juramenti per revocationem censetur renunasse. *Zoeff. ff. de Jure Jur. n. 36. P. Romig loc cit n. 68.*

- 101 Controversia non levis est, an Juramentum judiciale operatur necessitatem accomodandi, aut referendi; an per penitus nihil probaverit? Utrunque in partem vehementer altercationis divelluntur A. & A. ut dubitare possis, quæ sententia sit communior? M. h. i. standi in theoria, illa semper visa est ventilius & adhuc videtur sententia, quæ docet, Juramentum judiciale locum habere, etiam si accipit penitus nihil probaverit. Ita re ipsa tenent *Carpatu. Jurisprud. p. 1. Cass. 12. def. 2. Berluch. p. 1. Cauch. 29. num. 8. Boissius Dicoi 95. Crassus Cofel 207. num. 4. Zoeff ff. de Jure Jur. num. 34. Schund. Inst. Inc. n. 11. Fac. lib. 1. cont. 19. Vonn. lib. 1. sect. 2. Q. 42. Brunnem. lib. 38. ff. de Jure Jur. Fac. I. pro hac sententia text. in l. Manifeste 38. ff. de Jure Jur. ubi sine ulla distinctione; nam actus aliquid probaverit; nec ne generaliter asseritur, manifesta turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec jurare, nec Juramentum referre. *Fac. II. text. in l. 35. ff. eod. ubi dicitur, tutorem omnibus aliis probationibus deponentibus, posse Jus Jurandum deferre, ergo necesse non est, ut actor aliquid probet. Fac. III. text. in l. 35. §. pen. ff. de probat. ubi iterum sine distinctione asseritur, quod ei, cui onus probationis incumbit, licentia danda sit, adversario sui de rei veritate Juramentum deferre. *Fac. IV. Text. in l. ult. §. 10. Cod. de Jure d. lib. 1. ubi per S. etiam in illis, si alia probationem deferant. Fac. V. Solida licet, & valida ag-***

tio, ut nimirum actor, cum omnes et deficiant probationes, saltem metu divini Numinis extorqueat veritatem ab adversario. *Fac. VI. quod ipsum Jus Divinum cujus auctor DEUS est, fons, & origo Justitiae, huic nostræ sententia suffragetur exodi c. 22. v. 10. Ex 11. ubi clare, & perspicue asseritur, quin tot hominum defuncti testimonia, ad DEUM testem posse provocari, præsertim ubi asserendum est, quod in conscientia latet. Quibus omnibus accedit denuo, quod i reus, cui Juramentum deferretur, nullam ejus recusandi justam causam habeat, eo quod i quasi-Jus lex constituitur in propria causa, ita ut si jurare vellet per viam suam in partem trahat. Sin vero jurare nollet, Juramentum referre possit. *Frana. sect. 2. Q. 19. num. 107.**

Objection I. l. 4. Cod. de edendo ubi, actor nihil probavit: reus absolvi idcirco venit; etsi nihil præstiterit, hoc est: etsi reus non juraverit. Verum, nec hili, nec pili testis h; argumens: nam, argumens enim suppositum, quod i actor, deferens Juramentum, nihil probet; ipsum enim Juramentum species probationis est arg. l. 5. §. 2. ff. de Jure Jur. *Zief. loc. cit. num. 35.*

Obj. II. probationes non sunt præsumptæ de domo adversarii, aut è sinu Rei, l. 7. Cod. de testib. R. probationes non sumi de domo Rei, sed potius reum constitui Judicem, & testem effici in causa propria, eo quod præstare, aut referre Juramentum possit.

Obj. III. Judex non potest deferre Juramentum necessarium nisi præstiterit semiplena probatio, l. 3. Cod. de Jure Jur. ergo etiam actus non poterit deferre Juramentum nisi alius, nisi semiplena probaverit. *Fac. Cuius est n. g. consueq.* Disputata est, quod si in Jura nuncum necessario non deum referendi potestas si-  
cui

tati in iuramento voluntario, & illud est necessitatis, hoc voluntatis.

Obj. IV. In dubio favendum est reo *cap. 11. de R. J. in 6.* ergo, cum, actore nihil probante, dubium sit, quinam causam iustam foveat, Reo favendum adeoque onere Juramenti gravandus non erit, & Reum per delationem Juramenti nequaquam gravari, eo quod iurare necesse non habet, sed possit Juramentum referre. Neutrum si facere velit audiendus non est, enim verò vel foveat, *iustam*, vel *iniustam* causam? Si iustam, quae erit, Juramentum prestare, recusandi ratio? cum omnes laudent Deum qui iurant in eum *Psal. 62.* Si iniustam indignus est, quem favore prosequamur.

Obj. V. Actor, & reus ad impariam non debent obligari, *l. fin. Cod. de fruct. Et lit. expens.* Sed, actore, plene probante, reus condemnatur, ita ut actori Juramentum deferre nequeat *cap. 2. de probat.* ergo etiam, actore nihil probante, reus absolvendus erit, ita, ut ad Juramentum non debeat compelli. In hoc argumento *Antagonista* quasi *Achilles* ponunt, verum ea, qua allegatur, retunditur facilitate. *Neg.* enim in *confessio super pos.* quod actor nihil probet, dum iuramentum desert, hoc enim ipsum probationis est. Deinde, hoc argumentum est a dissimili, unde non fiat bona illatio, nam si actor Instrumentis, aut Testibus intentionem suam legitime probaverit, & de Jure suo plene docuerit, causa facta est liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo Juramento, at, nulla facta probatione, contentente Actore, sibi deberi, Reoque id negante, res est dubia, & tamen decidenda. Jam, cum deficiat probatio ordinaria, confugiendum est ad subsidium, illud fore Jurando, *Fin. loc. cit.*

Obj. VI. *l. 31. §. 1. ff. de Jure Juro* ubi reus Juramentum delictum nec prestare, nec referre tenetur. *Id. Theor. d. l. 35. §. 1.* loqui de eo, qui, Juramentum deferendi, *potestatem* non habet, puta, de prodigo, quali Juramentum deferat, reus iustam, id prestare, recusandi causam habet propterea supra diximus.

Obj. VII. *l. 26. fin. C. de Usuru.* Sed *Id. d. l. 26. §. fin.* loqui de Juramento *Purgatorio*, quod necessarium illi, adeoque non potest referri.

Obj. VIII. *l. 11. §. 2. ff. de test. rev. amot.* ubi nec pater, nec heres uxoris, vel mariti iurare cogitur. Sed, an non advertit? *Theor.* loqui de Juramento, quod super facto *alieno*, puta, *defuncti*, delatum est, quale recusandi iustam reus causam habet, prout etiam *supra* dictum.

Obj. IX. *l. 12. §. 2. Cod. de R. C.* ubi sperit *deciditur*, quod, si reus iurare non velit, compelli non debeat. *Id.* in illa lege dubium fuisse, num actor iustam causam, deferendi Juramentum, habuerit, & propterea, ait *Text.* quod causa inquiri debeat, & non statim compelli reus, ut juret; dubium autem esse potuit, quis super facto alieno Juramentum deferretur. Ex hacenus deductis patet, nostram *sententiam* argumentis niti *validissimam*, quibus tamen non franguntur alii, quin contrariam sententiam veriozem statuunt. *Mascard. de Probat. vol. 2. Conclus. 957. n. 7. Menoch. lib. 1. de presumpt. Q. 81. n. 2. Barz. in l. 3. Cod. de R. C. Glesse par. 1. cap. 4. n. 12. Suttenger Observat. 149. mon. 2.* his verbis: *Actor autem deferre necesse habet, ut aut sibi plene probaverit. Alit, ut verum fateat: mihi videtur Suttenger* aequè, ac ceteros *contrarios sententiam* amplectentes *esse ex confusione Juramenti mei, et n. & iudiciali*, prout



pariter ita disjuncte *Brumena de process.*  
*inquisit. cap. 23. non. 6.* Auct. ut quod  
*Welter de jure con. ut. d. d. lib. 1.*  
*tit. 27.* indistincte aliterat: *Dir Klegger*  
*homo. . . i. c. quod potest actor causam*  
*principalem paramento rei committere: ubi*  
*autem rem delatum juramentum nec prae-*  
*sare nec referre vult: tunc ea condemnatio*  
*ne confessio res probanda pervinde haberi:*  
*neque ex ea condemnari potest rem.* Ve-  
 rum, de Juramento judiciali dicta suf-  
 ficiant. Sequitur.

### DE JURAMENTO NECESSARIO.

Juramentum necessarium exinde tale  
 dicitur, quia in defectu plene probatio-  
 nis, Judici *necessario deferendum*: & à  
 parte, cui defertur, *necessario prae-*  
 103 *standum* est. *P. König. ad Decret. de Jura-*  
*jur. n. 73. Definitur*, quod sit illud,  
 quod *Judex, causa cognita*, ob moram  
*plene probationis, non ex languinis de-*  
*ferre l. 31. ff. de Jurejur. l. 3. & 12. Cod.*  
*de R. C.* vocatur alio nomine *suppletivum*,  
 eo quod in supplementum probationis  
 deferatur. *Fuisterwald. lib. 2. obs. 63. n.*  
 4. Ut Juramentum necessarium deferri  
 possit *pium concurrant*, necesse est

104 I. Ut ea pars, cui defertur *semplius*,  
 idque *conclusivè*, non *presumptivè*, v. g.  
 per *unum saltem Testem*, omni exceptio-  
 ne maiorem, *Intentionem suam* probave-  
 rit? contraria vero pars *nullus* pro se ha-  
 beat probationes aut *presumptiones*. *Sus-*  
*sing. obs. 146. mem. 3. Mynsing. cent. 1.*  
*obs. 68. num. 5. P. König. loc. cit. mem.*  
*36. Alexand. Confil. 32. vol. 1. Et Cam-*  
*erfl. 19. vol. 4.* Quid verb sit *semplius*  
 probatio? vide apud *Mascard. vol. 1. Q.*  
 21. per tot.

II. Ut ille, cui defertur, sciat verifi-  
 militer veritatem per sensum corporeum,  
 hoc est, habeat talem aliquam scien-

tiā, in qua sensu corporeo percipitur.  
*Bart. in l. admittendi 31. ff. de Jurejur.*  
*Mynsing. cent. 1. obs. 68. num. 7. Me-*  
*noch. de Arbitr. Cas. 190 num. 6. Mas-*  
*card. vol. 2. Conclus. 68. num. 61.*

Unde *Inferius l. h. c.* Juramentum su-  
 per *credulitate, scientia ex fide*, aut ex  
 auditu defectu non posse *Brumena. in d.*  
*l. 31. num. 16. Mascard. loc. cit. Ratio*,  
 quia jurans succedit loco *Testis*, & dicitur  
 testis irregularis, propterea, quod  
 in propria causa testatur, sicut ergo testi-  
 tis non probaret, de crudelitate depo-  
 nens, ita nequeis, cui necessarium Ju-  
 ramentum defertur.

106 *Inferius II. h. c.* Juramentum non de-  
 ferri heredi super factu defuncti, eo  
 quod, ignorante illud, *presumatur*.  
*Mynsing. loc. cit. Mascard. d. loc. num.*  
*63. Menoch. d. loc. num. 6.* ubi ait, idem  
 procedere, quando jurans actui non in-  
 terfuit, sed solum dicit se per famam  
 audivisse. Sic etiam ex eadem ratione  
 hoc Juramentum deferri non potest *Ab-*  
*batissa*, quae in officio, & dignitate al-  
 terius successit, ut juret super factu il-  
 lius, cui successit. Sanè, si haeres mul-  
 tum conversatus fuerit cum defuncto,  
 & cum eo forte cohabitaverit, ita, ut  
 de factu defuncti verisimiliter informa-  
 tus sit, possit et hoc Juramentum deferri.  
 testantur *Menoch. Et Mascard. loc. cit.*  
*Concord. Walter de Jure Civili. Auct.*  
*lib. 1. tit. 28. ibi: Qui dicit. . . i. e.*  
*Tertio debes ipse principale juramento de-*  
*fungi: nam cum heres ad id non admitti-*  
*tur: nisi citus hic negatus gessit de quo*  
*contentio est, vel iugiter cum defuncto pri-*  
*ncipali versatus est, aut alius longum factorem*  
*guam impetrat existit.*

III. *Requiritur*, ut is, cui defertur  
 Juramentum necessarium, sit persona  
*bona & integra vita*, neque suspecta de  
 perjurio, uno verbo, sit talis, quae in  
 causa,

causa, etiam si una pro tunc, omni exceptione majore liberetur, *Myfing. loc. cit. Menoch. d. loc. num. 14. Myfing. l. d. C. de off. 9. §. 8. num. 66. Walter d. loc. cit. E. d. d. d. de Perfection, §. den Ayl stung den, euer eiblichen Kist, Waa- der, und lebens fern*

IV. Ut causa non sit ardua, sed modica, *Est civilis, Myfing. loc. cit. S. hwarzenbeler lib. 2. ad. 10. cap. 2. num. 16.* in causis enim actus, & magis momenti Juramentum suppletivum locum non habet, *Gail. lib. 1. obs. 108. n. 11.* Ratio est, quia timore plenum est, ne jurans, lucri aviditate excidatus, perjurium committat, *P. Engel. et Decret. de Jurjur. num. 36.* Quae autem causa sit ardua, vel modica? arbitrio Judicis, ex qualitate, & conditione personarum determinandum, relinquatur, *Sutinger. loc. cit. num. 3. S. hwarzenbeler lib. 2. cap. 2. num. 45.* Ex eodem principio dicit, quod Juramentum necessarium in causis criminalibus locum non habet, hoc est, accusatori in supplementum probationis deferri nequeat. Ratio est, quia est causa ardua, & talis, ubi probationes debent esse luce meridiana clarescere, *l. ult. Cod. de probat. S. hwarzenbeler de Procc. jud. lib. 2. actu 10. cap. 2. num. 15. Pirrhug. ad Decret. de Jurjur. num. 65. Facio lib. 1. cap. 15. S. d. d. in l. 3. Cod. de R. C. n. 5. Saic, quia accusatore, crimen p. n. non probante, Reo, seu accusato, ad ostendendam suam Innocentiam, Ju- ramentum p. n. g. n. n. (quo etiam ne- cessarium dicitur) deferri possit, dubitan- dum non est, *S. hwarzenbeler loc. cit. num. 17. P. Eng. l. loc. cit. num. 35.* Item*

Juramentum necessarium locum non habet in causis matrimonialibus praecipue, si agatur de impediendo, vel dissolvendo matrimonio. *P. Koenig. loc. cit. n. 85.* Ratio est, quia causa matrimonii gravis, &

ardua est, *arg. cap. ult. de pro n. et. in 6. & equiparatur cause criminali, Loc. cit. 2. co. §. 3. num. 27. Pirrhug. loc. cit. num. 97. Mascard. loc. cit. num. 43. Gail. l. 2. obs. 24. Dixi si agatur de im- pediendo, vel dissolvendo matrimonio; se- cus est, si de contrahendo, vel suscipiendo matrimonio sit, forte, actor semiple- ne probaverit, sponsalia contracta esse, hoc enim casu ad Juramentum suppletivum admittendum esse actorem, testes sunt *Pistorius. in cap. 84. num. 7. de Ju- rjur. Pirrhug. d. loc. num. 97. Gail. cit. lib. 2. obs. 94. n. 12.**

V. Ut Juramentum necessarium locum habeat, requiritur, ut semiplena probatio (quam supra diximus, requiri) contraria aliqua praesumptione dilui non possit. *Idem in l. Cod. qui, Est adoff. quas, &c. Myfing. loc. cit. Sutinger. obs. 146. num. 3. Mascard. vol. 2. Con. l. §. 958. num. 23.*

Unde inferitur I. non deferri hoc Ju- ramentum, quando adversario dolus ob- jiceretur, nam, contra semi plenam probationem doli obstarat praesumptio bonitatis, *Masc. d. loc.*

Inferitur II. non deferri, quando quis vellet probare, sibi aliquam rem dona- tam esse, non proponeretur causa, qua verisimiliter donans fuisset inductus, ob- star enim generalis praesumptio, nemi- nem non praesumi iactare suum. *Mascard. d. lib. n. 25.* ubi adhuc aliquos casus recen- set, in quibus Juramentum ob praesump- tio tem, ei refragantem, locum non ha- bet. Ceterum, tamen Juramentum ne- cessarium ei, cui dolus obijciatur, deferri nequeat, in ordine ad hoc, ut reus con- demnetur, poterit tamen Reo deferri Ju- ramentum purgationis. *Mascard. loc. cit. n. 29.*

De virtute non caret, cujus sit deso- vendum Juramentum, suppletivum ad-

vi, an Reo? In tam varis opiniones hac in re divelluntur AA. ut, arduum esse, videntur certi quid statuere, & hinc *Susting. cit. ibi.* 146. n. 4. positum (ut) esse in Judicis potestate, actori, an reo deferre velut Juramentum? prout eiaequitas pro eruenda veritate suggerit. Verum enimverò cum Judici incumbat, arbitrium suum regulare, & gubernare secundum terminos, & tramites Juris, no xquitatit, / 1. ff. de Usur. *Corpor. in pract. crimin. pars. 3. q. 20. n. 4. Ma. noli. de arbit. Jud. Q. lib. 2. caus. 270. n. 4.* Idèd Judici attendendum esse, existimo, num Reus penitus nihil probaverit, & actor semiplenè, num uterque semiplenè probaverit? Si actor semiplenè intentionem suam probaverit, & Reus nihil præstiterit? actori descendendum erit, cum Judex prudenter opinari possit, meliorem esse actoris, quam Rei causam. Sin vero æqualis sit utriusque probatio? Reo Juramentum deferat, necesse est, in causâ enim dubia favorabiliores sunt partes Rei, quàm actoris, / 125. ff. de R. J. Ita re iij. a tenent *Fru. servat. lib. 2. obser. 65. per tot. P. Eng. ad Decretal. de Jure Jur. 11. 37. Fach. lib. 1. cont. 18.*

910 Ex hæcenus deduciti patet, quæ sint inter Juramentum necessarium & judiciale à *Strenuuz.* I. Quod judiciale possit deferri? necessarium non etiam c. ubi. de *de Jure Jure hellic. pars. 1. Consus. 13. n. 65.* II. Judiciale detinetur à parte parti, necessarium verò à Judice. III. Quod Juramentum judiciale ita habeatur pro veritate, ut sententia desuper lata, propter instrumenta, noviter reperta, non retractetur, secus si, lata sit super Juramentum necessarium, hoc enim casu ob instrumenta, noviter reperta, sententia retractari potest / 1. 31. ff. de Jure Jur. c. ubi. de *re. Ratio differentie est,*

quia Juramentum judiciale ex consensu utriusque partis emititur, ut videtur esse species transactionis, quæ propter Instrumenta, noviter reperta, non retractatur, / 1. 19. Cod. de transact. necessarium verò deferretur à Judice, altera parte enim invita. *Schneid. n. 42. Zosf. ff. de Jure. n. 45. & 52.*

### DE JURE JURANDO IN LITIS.

Juramenti necessarii species est Juramentum in litis, ab etymologia nominis idèd tale dictum, quia in ipsam litem seu Rei, in Judicium deductæ, æstimationem concipitur, unde etiam litis æstimatio, & Juramentum, litis æstimatorium, appellatur. *P. Konig. ad Decret. de Jure Jur. pars. 5. n. 91. Hannold. tom. 5. tract. cup. 6. num. 1071. Definitur,* quod sit illud, quod res in Judicium deducta æstimatur *arg. l. 1. & seqq. ff. de in lit. jurand. Zosf. ff. cod. n. 1.* Hinc Juramentum plerumque isæ locum habet, quando ab adversario contumaciter, & dolo malo res vel non exhibetur, vel non restituitur, aut dolo ejus factum est, quod minus exhiberi, vel restitui possit. *Wesib. in parat. ff. de in lit. Jrr.* Deferri autem hoc Juramentum in li. 112 tem solet tripliciter, I. ad probandum veram æstimationem rei, in Judicium deductæ, / 1. 2. §. 1. ff. de in lit. Jrr. & l. 68. ff. de R. U. & vocatur Juramentum veritatis, ut ecce: Titius debet mihi equum in specie, ego aliquoties, equum mihi restitui, petii; at Titius dolo malo equum non restituit, & post moram restituendi equus petiit. Ego peto æstimationem istius equi: cum verb illam per testes probare nequeam, sic Judex deferet mihi Juramentum in litem, hoc est, ut ego jurem de vera litis æstimatione, quanti

quantum nimirum secundum veram revalorem mea interstis, equum petiisse, *S. b. tit. l. n. 39. leg. sic.*

II. Solet differri, ad probandam rei estimationem, non secundum veritatem quantum scilicet res communi estimatione valet, sed ratione interese singularis secundum affectionem ipsius actoris. Ecce: Commodavi tibi Colicem mihi valde charum, tu, non obstante quò per sententiam Judicis ad restitutionem condemnatus fuisti, contumaciter tamen non restituis, sed dolo malo dilaceras colicem, qui in rei veritate non valet 4. l. ego tamen potius carere vellem 20. ff. quò n. isto codice, & de hoc pretio affectionis ego juro. Quòd si juraverim, Judex reum condemnare debet in summam juratam; ita tamen, ut si Judex summam juratam credat esse exorbitantem, jam ad summam verisimilem moderari possit. l. 4. §. 2. ff. de m. lit. jurand. *Hammol. loc. cit. num. 2115. Scriv. Exercit. 17. hb. 12. tit. 3. Titul. 66. ff. 67. Schmid. loc. cit. num. 36. Zoff. ff. de m. lit. jurand. n. 5.*

Q. an Judex reum ultra duplum vere estimationis condemnare possit? Ratio dubitandi I. defumitur ex l. an. Cod. de Sentent. p. 14 pro eo, quòd interest, &c. ubi Judici precipitur, ne taxando interesse, excedat duplum vere estimationis.

II. Ex l. 33. ff. n. l. leg. Aquil. ubi in hac verba differtè rescribitur: Si servus meus rictus sit, non affectionis estimationis esse, puto (vehet si si non tuam naturalem quàm consideris, quàm ut magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. Sensus quoque Ordinis aut. proia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum; sed communiter fungi. Ex hoc Textu forsitan *Schneid. loc. cit. num. 37. & Bartolus in d. l. an. Cod. de sentent. fuere moti*, quòd autem, in Juramento affectionis Ju-

dicem, taxando Interesse, ultra duplum vere estimationis non possit excurrere.

Verum, maneat sua *Schneid. in d. Bartolus* fides, mihi magis a ridat altera opinio, quæ sustinet. Judicem in Juramento affectionis, taxando Interesse, duplum vere estimationis excedere posse. Ita docent *Hammol. loc. cit. n. 2118. Scriv. d. loc. tit. 67. lit. A. Facit. huc l. l. ff. de m. lit. jurand. ibi: non est agnum pretio (id est, quanti res est) licet estimationis cum NB. & contumacia promenda sit, & arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit. potestate petitori, in litem jurandi, concessa. Facit. II. Ratio, quia alioquin sequeretur, quòd quis compelli posset, rem suam duplo justii pretii vendere, quòd absurdum foret. Sequela probatur per Juramentum, quo res estimatur, censetur vendi res estimata, quia estimatio est venditio *Hammol. loc. cit.**

Non obstat prima dubitandi ratio; enim vero d. l. loquitur de Interesse, non de estimationis affectionis, quæ utique potest Interesse excedere. Deinde, id, quòd interest, de quo igitur in d. l. an. multum differt ab eo, super quo in litem juratur, manifestè docet, l. 64. ff. de jud.

Altera dubitandi ratio facili etiam labore diluitur; enim verò d. l. 23. intelligenda est de casu, quo reus in restituenda contumax non fuit; secus, si fuerit, contumax, contumacia enim, vel dolus facit, ut Judex ultra duplum vere estimationis Reum condemnet, l. 1. ff. de m. lit. jurand. ibi: non enim rei plura sit per hoc; sed ex contumacia affectionis ultra rei pretium. *Hammol. loc. cit. num. 1079.* Itaque, quòd Judex in Juramento affectionis, taxando Interesse duplum vere estimationis possit excedere, hæc potissima videtur esse ratio, ut nimirum consu-

nimirum contumacia, vel dolus rei, rem non restituentis cutigetur. *Zoeff. ff. de in lit. interdict. non* 1. vide etiam *Henn. ad Præf. col 1 disp. 21. lib. 11. Q. 44. Et 45.*

- 114 III. Deserri solet Juramentum in litem ad estimationem interesse singularis extra rem, ut ecce, deposui penes te 100. fl. quos ad petitionem meam, non restituisisti, ita, ut contra te moverim actionem depositi, & Juxta te ad restituendum condemnaverit. Sed jussui Judicis non obtemperas; ego propterea incidit in poenam, quia Ticio sub poena 100. fl. promisi, quod 1. *Februarii*, ipsi velim debitos 100. restituere. Hoc in casu deservit mihi Juramentum in litem, ratione interesse singularis extrinseci, id est, extra nummos, ut jurem de domino, propter contumaciam tuam mihi ilato. *Schneid. loc. cit. n. 37. Henold. loc. cit. num. 1078.* Hic lautori forte, quam par erat, discursu excussis, tandem propius ad actionem in factum ex Jure Jurando, quæ in hoc §. 11. tractatur, juvabit accessisse. Cujus figurari potest ista.

- 115 Colus; vendidi tibi equum 60. fl. cum autem pretium peterem, contendisti, equum tibi 50. fl. fuisse venditum. Ego id nego; tu desers mihi juramentum in Judicio. Juxta, adversens contractum, remotis arbitris, esse celebratum, Juramentum approbat, illudque ego accepto, & juro equum fuisse venditum 60. fl. Tu ex post facto adhuc 60. fl. solvere, temere retractas. Q. quomodo contra te experiri possim? R. Quod mihi competat adversus te actio ex Jure Jurando in factum *text. huc.* Quæ concinnè Deservitur quod sit actio prætoris, personalis, quæ datur illi qui legitimi juravit, sibi aiqui debere, contra deferentem ad hoc,

ut debitum solvatur; & res mea cum fructibus, & accessionibus restitatur. *Manz. Inst. hoc num. 25.* Dixi I. Prætoris, quia Prætor illam introduxit *text. huc.* Dixi H. Personalis, quia non ex dominio nascitur, vel ex Jure, quod quis habet ex re, sed ex Jurejurando, quod speciem habet transactionis, l. 1. & 2. ff. de Jurejurando. *Harp. n. 3.*

Cui competat? Datur actio in factum ex Jurejurando ei, qui deferente adversario, juravit, rem suam esse, vel sibi deberi, l. 9. §. fin. l. 11 §. ff. de Jurejurando. Item etiam datur ei, cui, ad Jurandum parato, Juramentum ab adversario remissum est, d. l. 9. §. 1. paria enim sunt jurare, remitti Juramentum, l. 5. §. ult. ff. eod. *Manz. num. 28.*

Contra quem competat? Competit hæc actio contra illum, qui Juramentum detulit, & ejus hæredes, d. l. 9 §. fin. hæres enim una, eademque persona est cum defuncto, defunctus detulit, ab ipso hærede delatum esse, intelligatur *arg. l. 22 ff. de L. scriptis, Et usucap.* Ceterum, hæc actio adversus tertium possessorem non datur in casu, quo postulante adversario, juravi, rem ab illo possessam, meam esse, & res per alienationem devenit ad tertium, d. l. 9. §. ult. & l. 11. eod. Ratio fundamentalis est hæc, quia hæc actio personæ illis est, ergo personam ejus, cui Juramentum delatum est, non egreditur, prout in simili diximus ad princip. *hujus Tit. de actione personali Manz. num. 39. Schneid. n. 121.*

Quæ sunt Requisita Actionis in factum ex Jure Jurando? I. Requiritur, ut Juramentum jurandi delatum fuerit, & ab eo postulatum. Unde? si quis juraret ultro, nemine ei postulante, aut Juramentum d. f. rentes sibi tantum juraret, & hanc actionem nec sibi pateret, l. 3. ff. de

*ff. de Jure Jurand.* imò talis, qui lied se ad Juramentum defert, se suspectum redderet § *hinc*, num. 72. *Mantz*, num. 21. II. Requiritur, ut Juramentum præstetur, iudice id approbante Ratio, quia quandoque partes ad jurandum factiles sunt, nec perpendunt gravitatem rei, l. *G u rator* §. 1. *Cod. de R. C.* ne ergo committantur perjury, approbatione, & auctoritate Judicis opus est. *Mantz*, n. 32. III. Requiritur, ut Juramentum in continenti acceptetur quale etiam dicitur, si is, cui delictum, dilacionem ad deliberandum puerit. *Schneid* n. 78. *Alfing* n. 19.

120 *A quid competit?* Competit hæc actio ad hoc, ut debitum solvatur, vel reposita restituatur cum omni causa. Et cum Juramentum interponi possit, tam in actione *reali*, quam in actione *personali*, idè sequitur naturam illius actionis, cui adjectum est *Schneid*, n. 115.

121 Illud in ætatem contravertisse rapitur, an, *fius*, *contra quæ juratum est*, dicit, *actum perjurasse*, & *perjurum probare* vult, *autem* *fius*, & *Juramentum*, *et accedendum* *ut*? *Dixeris* primo fronte, quodd *fr.* I. Quia aliis jurans ex delicto actionem conequeretur, adeoque reparetur lucrum ex illa mala quod absurdum foret, l. 12 §. 1. *de fuis*, l. 14 *Cod. ead.* II. Quia delicta non debent manere impunita, l. 41. §. ult. *ff. ad leg. Arijl.*

Verum, hic non attendis, & adversarium, qui, jurantem pejerasse, ait, audiendum non esse, neque causam; Juramento se vel determinatam, præserto perjurum, aut per instrumenta, noviter reperta retractari posse, l. 31. *ff. de Jure Jur.* Patio sola est, qua post Juramentum semel præstatum, non amplius de debito sed tantum interrogatur, an juratum sit? l. 5 §. 2. *ff. de Jure Ju-*  
*Meer ad Digesta.*

*rand.* & Juramentum habet vim Transacti, n. 1. 21. *ff. de dol. mal.* quæ semel perfecta, nec probationem in contrarium, neque appellationem recipit, l. 12 §. 3. *Cod. de R. C.* *Mantz*, num. 44. *Schneid* l. n. 114. *Harp.* n. 14.

Ad I. Jurantem non ex sua improbitate: sed ex conventionne, quæ Jurando uest, actionem consequi, voluit enim, ut sub hac conditione, si alter juraret rem suam esse, vel sibi debere, usque decideretur, conditione proinde impleta, non est iniquum, actionem competere, volens enim non sit injuria. Ad II. perjurum non manere in punitam; tamen si facultas, Juramentum retractandi, non concedatur, quidem alie pœnæ adversus eum, qui perjurum commisit, constitutæ sunt, de quibus vide *Menoch lib. 2. de arbit.* *J. d. cent. 4. ca. 319. D. D. ad §. 1. Inj. d. fuis tener. litig. Harp.* n. 16.

### §. POENALES. 12.

Postquam expositæ sunt actiones Prætorie, *reales* & *Personales* recta methodo subjiciuntur *penales*, quarum tres occurrunt, puta, de albo corrupto, actio de non in *Jus* vocando parentem, vel patronum. Et actio de in *Jus* vocato, *exemptio*.

Actio de albo corrupto defuncti, quod 122 sit actio Prætorie, *penalis*, in factum, competens civibus de populo contra eum, qui id, quod in albo: seu tabula *gysata* & *debatata* a prætore proposuit est, per se, vel per alium dolo malo, corruptus, vel amovet, ad penam 50. aureorum, adori opprimendum, l. Si quis. *ff. de Jur. l. 3. Harp.* n. 10. Hodie hæc actio tunc locum habet, si qui Mandata, & *Sta. Decreta*, aut alia *inogrammata*, à Magistratibus portus vel vultus *Ecclisæ*, *Curie*, vel *Academie* affixa, corruperunt, avulserunt, aut dilacerarunt, & pœna est ex-  
*K k k k*

tuord-

traordinaria Zauf. ff. h. t. Chlophen. p. Inf. l. u. Q. 63.

Actio de non in Jus vocando definitur quod sit actio Prætoris, pænalis, qua in 50. arreos tenetur, qui parentem, vel parvulum sine permissu Prætoris in Jus vocavit text. hic. l. 4. & l. ult. ff. de in Jus voc. Hodie ista actio nullum amplius usum habet, cō quod ille modus, in Jus vocandi, qui Jure veteri in Jus in-juncta & trahuntur ob. ut o tali exercetur, in usu esse de. t. Imo, hoc ipso, quod Judex quem ad instantiam al-cujus citet, venia intelligitur impetrata. Cujac. lib. 1. obj. 10. Zaupf. lib. 2 de excep. cap. 7. num. 9. ubi sub n. 30 addit, quod, si pater hac exceptione non impetratæ veniæ hodiernis moribus uti velit, ea non aucta, litis contestatio ipsi imponatur.

Actio de in Jus vocato, vi exempto, describitur, quod sit actio prætoris, pænalis in factum: competens contra eum, qui aliquem, in Jus legitimum vocatum, vi exierit, vel attinuit, vel dolo malo fecit, ut vi eximeretur. ad hoc, ut actori præstet non id duntaxat, quod in veritate est sed tantum, quantum res controversa ab. clare, prævio Jus auctore in litem, de æstimatione æstimata fuerit l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in Jus voc. Harp. n. 38. Schneid. n. 72. Brummel in d. l. pen.

### § PRÆJUDICIALIS. I.

124. Actiones præjudiciales exinde tales no-minantur, quia præjudicant aliis ques-tionibus, inter se, & actorem con-roversis, quæ, a de casum status de-cisam, dirimi non possunt, ut ecce, mortuus est patruelis natus, cujus hæ-reditatem cūm solus adire vellent, inter veni Titius, contendens, ut cum ipso dividerem hæreditatem. Ego nego illud cognatum, vel ab intestato hæredem esse, ista Cognitio, num Titius cognatus,

& ab intestato hæres sit; præjudicialis dicitur, præjudicat enim questioni con-troveræ; puta, num. hereditas cum Ti-tio dividenda sit? in tantum, ut decidi nequeat, donec questus præjudicialis decisa sit Manz. n. 4. & 5. Harp. n. 1. ubi a t. h. de etiam in casu actionem præ-judicialem fortiri locum, v. g. Pater pe. n. alimenta? filius negat patrem suum esse, qui alimenta petit. Ecce, hic, præjudicium determinatur alimenta, decidenda est questio præjudicialis, num. is pater sit, an pater sit, nec ne? Porro, tamen innumere in Jure nostro cognitiones præjudiciales reperiuntur; hoc tamen loco res præcipue tractan-tur, & quidem.

Prima actio præjudicialis est, in qua Q. de libertate, lib. sit quis, an servus? ut ecce, petit aliquis a me operas, tan-quam in liberto; ego autem nego, me li-bertum esse. Hæc cognitio, an libertus sim, debet præcedere cognitionem, & decisionem, an tenear, ad operas, & cūm talis cognitio prius fieri debeat, ideo præjudicat actioni, qua possem compelli, ad operas præstandas. S. Hamb. Inf. hic. Hodiernis moribus, quibus prædu-ra Tyrannis, servitus, inter Christianos exulare, iusta est, hæc actio præjudicialis dicta, locum amplius non habet. Dixi dicta; scilicet eum conceditur Principibus, civitatibus, Nobilibus, & Dominiis prædiorum adversus Romanos, Colones, Confines, & Homines proprios in casu, quo à longo tempore præstiterunt operas Serviles, & postea in cō-sensu, & dimissione migraverunt in aliam Civitatem, ubi se pro liberis hominibus gerunt, & Dominum suum abnegarunt, adhuc, ut Judex ejusmodi censuras prius declare, & ad servitia dēbita condemnent, donec doceant, se legitime dimissos esse. Manz. n. 16.

*Secunda actio præjudicialis est, per quam cognoscitur an aliquis sit libertus vel ingenuus? Competit Patrio contra libertum, qui se gerit pro ingenuo; & e contra datur ipsi liberti contra tertium, tractantem eum, ut libertum; cum tamen ingenuus sit. *Mat. 2. n. 4. h. c.* Hodie hæc actio præjudicialis de ingenuitate dicta lectum non habet. Videtur tamen datur modernis Dominis, qui Ruffos suos, vel Homines proprios manumiserunt & eis libertatem facultatem, à suis prædici migrandi, concesserunt, cum tamen hi Domini suis honorem debeant. *l. 2. C. de his qui voc. Gal. trad. de An. ep. imp. cap. 8. n. 19.**

Tertia actio præjudicialis est de partu agnoscendo, per quam Quæritur aliquis filius sit, necne? Et quidem hæc actio præjudicialis datur Patri contra Filium, negantem, se Filium esse, & e contra Filio adversus Patrem, negantem, se esse Patrem. Ut ecce, Joannes, Filius Petri, acquirit aliquam hereditatem, quam Pater ad se recipit. Ipsi filium, tanquam ex bonis adventitiis, in se percepturus. Joannes negat, se Filium Petri esse. Hoc in casu datur Patri actio præjudicialis, qua petit, ut Juxta eum declaratur legitimam Patrem, & Generum Joannis esse, eumque condemnari ad debitam reverentiam, & obedientiam, & ut patitur, eum hereditate uti, & frui. *Mat. 2. n. 3. Zuej. l. i. h. c. n. 12. & 13.* Filio contra Patrem Actio hæc præjudicialis datur hoc in casu: Petrus negat alimenta Joanni, dicens, Joannem Filium suum non esse. Hic Joannes potest intentare hanc actionem præjudicalem, ac petere, ut declaretur Filius Petri, adeoque Petrus condemnatur, ut agnoscat Joannes pro filio, eique alimenta præstentur. *Chingens. l. i. h. c. n. 70.* Quomodo vero filio probe-

atur? fusillimè tractat. *Masc. r. l. de probat. vol. 2. concl. 787 & p. in ibi seqq.* Ex quo illud, meminerit dignum existimavi, nimirum, natum ex uxore, in domo mariti, cum ea cohabitantis, in tantum præsumi, filium, esse legitimum, ut Marti neganti, illum esse filium mariti: natumque esse ex adulterio, non creditur per cap. *Per tunc. §. de probat.*

### § SIC ITAQUE 14.

Tametsi (regulariter) nemo possit adversus alterum actione personali experiri, qui rem suam esse, asserit; sed potius debeat intentare actionem realem. Nihilominus tamen, singulari odio furum, receptum, constitutumque est, ut dominus contra furem Actione etiam personali (puta, condictione furtiva) experiri possit text. *h. c.*

De ei, in actione personali petamus, n. b. rem dari, insinuitur enim omnis Actio personalis sub ista formula: *ajo, te, mihi dare, oportere*; atque iur dare non potest, dare enim translationem domini significat, quod non habet fur, ergo &c. Hoc non obstante, contra furem actionem personalem (puta, condictionem furtivam) rectè intentari text. *h. c.* & tametsi hæc Imperioris decisionem nonnulli mirentur, & varias de super difficultates, & inutiles moveant subtilitates, ac variis laborum tricis se implicent; discernendum tamen est, speciale esse in condictione furtiva, ut contra illum detur, quem ajo, non dare oportere, sed restituere. Specialitatis autem ratio in singulari odio furum profita est. Ita Schneid. *n. 1. Harp. n. 9. & plures*, ab his alleg. *ti.*

Dicitur: adversus furem datur Actio furtiva ad poenam dupli, vel quadrupli. Item *Art. vandentio*, ergo condictione furtiva otiosa est, & supervacanea &c. *con. ant.*



*aut. neg. confes.* Tamen si enim Dominus contra furem actionem furti intentare quærat; hanc tamen eligere non vult, quia poenalis est ad quadruplum, et duplum, & præterea infamat. potest enim velie nutius cum fure agere, adeoque conditione furti experiri, quæ infamæ non est irrogatoria. *Schneid. n. 7.* Deinde Rei vindicationem fortè idèò intentare tenuit, quia in eadem ei in probare debet quæ probatio si licet ei ita mavult intentare, & movere conditionem furtivam, in qua aliud necesse non est, quàm, ut doceatur rem furto sublatam esse. *Manz. n. 10.*

#### §. APPELLAMUS. 15.

Ex hoc §. illud pro ornatiori loquendi norma notandum, Actiones in rem proprie nominari *Vindicationes*, in personam verò *Conditiones*, l. 25. ff. de O. Et A. rationes hujus differentie accumulât *Manz. Inst. hic.*

#### §. SEQUENS. 16.

- 127 Huc usque absolvimus duas Actionum *divisiones*, nempe, quod I. Actiones alie sint in Rem, alie in Personam. II. Alie sint civiles, alie Pretorie. Sequitur nunc *res in Actionum Divisio*, quæ talis est, quod alie actiones sint *rei persecutorie*, alie *pæna persecutorie*; alie *nuxta*. Differunt ab invicem I. Quia actiones poenales lapsu anni extinguuntur, rei persecutorie verò sunt *perpetue*, hoc est, durant 30 annis §. 1. *Inst. de perpet. Et temp. a.* Actiones rei persecutorie transeunt in hæredes *active & passive* l. 49. ff. de O. Et A. actiones verò poenales nemiro modo transitorie sunt, maleficia enim suos debent tenere auctores. l. 22. *Cod. de pen. & hæres ex delicto defuncti non tenetur l. un. Cod. ex delicto defuncti.* Dicitur: si ego ita superer. dabisne mille

intra 14. dies; & nisi deberis, dabisne 100 poenæ nomine? actio transit ad hæredes, l. 68. ff. de V. O. ergo etiam actiones poenales transitorie sunt ad hæredes & *con. aut. neg. confes.* Suppositum enim falsum est, actionem ad poenam, ex conventionione partium debitam, esse poenalem; rei enim persecutoria est, sicuti sunt omnes, quibus poenam, ex conventionione debitam, persequimur. *Harp. n. 5.*

#### §. REI PERSEQUENDÆ. 17.

Actiones, rei Persecutorie, dicuntur illæ, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, sive id nostrum sit, & ab alio possidetur, sive nobis debeat. *Harp. n. 2. Schneid. mon. 3.* clarius rei persecutorias actiones describit *Manz. n. 1.* dicens: esse illas, quibus persequimur non poenam, sed vel rem nostram, vel nobis debitam. Unde *Infertur*: omnes actiones reales, quas supra longa serie enumeravimus, v. g. *Rei vindicationem, actionem confessoriam, neg. toriam, Publicanam, receptam, Paulianam, Servianam*, esse rei persecutorias, quia in omnibus petimus id, quod nostrum est, vel nobis debetur. Item actiones personales, quæ ex contractu; vel quasi contractu nascuntur, sive omnes rei esse persecutorias, per illas enim, sive omnes cum, nobis debitam, persequimur, sicuti est actio *mutui, commodati, dep. sit. Mandati, pro Socro, empti vendit; locati conduci* &c. *Perez. Inst. hic Dixi: sive omnes*, quia actio depositi, licet ex contractu descendat, & personalis sit, in certis tamen quibusdam casibus, tam ad rem, quàm ad poenam competit, videlicet tunc, quando quis incendit, riuem, & frugum aut tumulus tempore res suas apud alterum deponit, depositarius autem dolose inficitur;

ciatur. Hoc in casu ob poenam mendacii, actionem in duplum conceditur. 18. ff. de positi. Schamb. Inst. hic.

### §. EX MALEFICIIS. 18.

129

Actiones *pura persecutoria*, dicuntur illae, quibus actor petit, quod nec sibi *abest*, nec Reo *abest*. Quod spectat actio *furti manifesti*, & *nec manifesti*, quae merito poenalis est, ita ut revivita non sit duplo; aut quadruplo: illa enim per alias actiones, rei persecutorias, petitur, aut condicitor. Quae *adversus quem?* Et ad quid actio furti competat vide Tit. 1. supra hoc lib. per tot. Illud tamen memoria non excidat: nolitis moribus poenam dupli, vel quadrupli ab usu penitus recessisse, sed fures, puniri vel poena corporis, vel pecuniae, pro qualitate furti.

De Jure consuetudinario Austriaco, Wann der erste Diebstahl. i. e. Ubi furtum primum ad 25 fl. vel supra ascendit, aut plura concurrunt furti, vel fur jam antea furti parvi poenam huiusculi, nec tamen se emendavit, ab furtum denovo commisit: quatenus si id minus fuerit ac 25 fl. debet in masculium laqueo, in feminum gladio animi dueri. Ubi autem furtum minus est ac 10 fl. nec iterum patratum, vel alia adiuncta iuris circumstantiae, tunc poena ex arbitratu iudicis esse irroganda.

### §. VI AUTEM. 19.

Hoc §. tractantur actiones *mixtae*, quibus partim *poena*, partim *rem* ipsam persequimur, quales hic recensentur tres: puta actio in *hominum raptorum*, actio *legi Aquiliae*, & actio ex testamento competens pro *legatis*, quae venerabilibus locis relicta sunt. Quod sit actio vi bonorum raptorum, & legis Aquiliae? cuius adversus quem? & ad quid competant? abunde dictum est supra Tit. 2. Et 3.

Actio vero personalis ex Testamento licet (*regulariter*) ad *simplicem* competat, in duobus tamen casibus ad *duplum* datur. I. Quando haeres negat, legata relicta esse venerabilibus locis. II. Quando legata id genus locis relicta, solvere & praestare differt, donec conveniatur coram Iudice. Schneid. & D.D. hic. De Jure Austriaco haec actio, quatenus poenalis est, locum habere, non videtur, cum aliud non desideretur, quam ut legata ad suas causas prae omnibus aliis illis solvantur. Walter de Jure conjunct. disp. lib. 2. tit. 48. ibi: Zum werten sollen die Geseßte, i. e. *quarto*, debent legata, quae testator propter Deum vel annuae salutem reliquit, ante cetera omnia legata solvi.

### §. QUAMAM. 20.

Sunt adhuc quaedam aliae actiones, *mixtae* vocantur; non quidem hoc sensu, quasi partim *rem*, partim *poenam* persequantur; sed, quia partim in *rem*, partim in *personam* directae sunt, quarum tres occurrunt, puta familia *herediscenda*, *communium dividendo*, & *signum regundorum*.

Casus *Actionis Familiae herediscendae*. 132  
Debitum naturae persolvit ante duos menses *Sempronius*, nullo condito testamento, & reliquit post se duos fratres germanos Hi ab intestato defuncti bona occuparunt, & hereditatem per aliquod temporis spatium pro indiviso possederunt. Atque cum, durante communiione, variae inter eos orirentur discordiae, senior Frater, hereditatem dividi, petuit; junior vero id recusavit. Q. quomodo ad Divisionem compelli possit? R. per actionem *Familiae herediscendae*, circa quam *Observa*. Familiam hic nihil aliud denotare, quam hereditatem; *herediscere* vero idem esse, quod dividere, ut sensus

fit: actio *Famulæ heriscundæ* est actio *Hereditatis dividenda*. Definitur, quod sit actio *crucis*, mixta, duplex, quæ datur *hereditatem*, inter ipsos dividendum. Dixi I. *Crucis*, quia descendit ex *L. XII. Tit. I. §. Famulæ herisc.* Dixi II. *Mixta*, quia partem in *Re* est partem in *Persona*. In *re* esse dicitur, quia respectu portionis meæ ago ad id, quod meum est, & sic in *re*. In *persona* esse dicitur, quia omnes illæ actiones personales esse dicuntur, per quas peti mus id, quod nobis dabitur ex *Contractu*; vel *quasi*, ex *Delicto*, vel *quasi*. Unde, si alter fructus ex hereditate solus perceperit, peto, mihi diundiam partem præstari. Si ego expensis solus fecerim, peto eas pro rata iusto refundi. Si doctus, aut culpa lata, & levi aliquid *infratim* vel deterioratum sit, refundi. *Serv. h. de herisc. §. ut. 2. ib. 13. lit. D. Schueld. n. 4.* Dixi III. *duplex*, quia unusquisque hereditatem & rei & actoris partes sustinet, ille tamen sicut in omni *Judicio duplex* pro actore habetur, qui primus ad *Judicium* provocat, l. 2. §. 1. *ff. commun. divid. l. 13. ff. de Jud. Manz. n. 10.*

133 Cui competat? Quandoquidem hæc actio duplex est, *directa*. *Et utilis*. Ideo sciendum, quod *directa* detur coheredi de *Jure civili*, sive ex testamento, sive ab intestato, l. 2. *et 3. Famulæ herisc.* Utilis verò datur l. *hereditibus* de *Jure Prætorio* tales exstiteribus II *Fructu commisso*, l. 24. §. 1. l. 40. *et l. 49. ff. eod. Serv. loc. cit. ib. 4.*

134 Contra quem competat? Tamen si hæc actio mixta, hoc est, partim in *Re*, partim in *Persona* concepta sit, non tamen datur contra quemcumque possessorem rerum hereditarium, sed tantum inter ipsos coheredes locum habet, l. 1. *ff. Famul. herisc.* Schueld. n. 6. Unde,

si quis *neget*, rem esse hereditariam, sed *affirmet*, esse suam *speciali* titulo, vel *Empi* vel *Præscriptio* originem dicit contra cum actio *Famulæ heriscundæ*; sed agendum est *Revindicatio* vel *Actio* *Publiciana*. *Serv. loc. cit. 3. cons. 345. n. 11. Et seq.* Ratio est, quia hæc actio contra possidentem titulo singulari non datur, l. 25. l. *Quod pro emptore. ff. de 1. Zof. loc. cit. num. 3. Schueld. n. 6. Brunum in d. l. 25. §. 7.*

Quæ sint *Re ipsa* actiones *Famulæ heriscundæ* a? *Reponitur*, ut actio sit *Coheredis*, & à *Reo* pro tali agnoscat. Quod si, hæres esse, negetur? *Idem*. est, num cum *tertio* hereditatem *possidet* me, ne? Si *pro*? non excluditur ab actione *Famulæ heriscundæ*; nec opus habet, ut probet, coheredem esse, cum præsumptio ex *profectione* pro eo implet, Brunum in d. l. 1. *ff. de herisc.* Si *proferatur*? repellitur *Exceptione* *Propositorum*; id est, debet prius dicere esse heredem, adeoque, reusum suum à *petitionem* hereditatis suam, necesse est, petique, se declarari heredem, quo obtento poterit deinde descendere ad actionem *Famulæ heriscundæ*. *Manz. n. 11.* Illud extra aliam *Dubitationem* est, actio *n. 1. Famulæ heriscundæ* cumulari posse cum *petitione hereditatis*, hæc est, posse, actorem petere, ut declaretur *Heris*, & *divisi* hereditatis *hæris*, *herid. n. 10.* Brunum in d. l. 1. *Serv. loc. cit. ib. §. 1. G. II.* *Requeritur*, ut coheredes possideant hereditatem pro indiviso, siquidem, si testator divisionem fecerit, standum erit divisioni, l. 10. *Cod. fam. herisc.*

Al quid competat? Actio *Famulæ heriscundæ* datur, ad hereditatem dividendam; sive ex testamento, sive ab intestato hereditas delata fuerit, l. 2. *ff. famul. herisc.*

137 *Q. quomodo faciendus sit divisio hæreditatis?* R. Si coheredes; ratione divisionis, inter se ipsos convenire nequeant, tunc debere Judicem partes suas interponere, ac divisionem facere pro æquo, & bono, l. 4. §. 3. l. 5. l. 16. l. 22. l. 26. ff. famil. heresf. Penitus autem quàm Judex ad divisionem progrediatur, res dividendæ diligenter cognoscantur, & estimari debent. Ca. pro. Part. 3. l. 1. §. 15. def. 1. n. 2. Quod si animatio fidei sit? tunc faciendæ sunt Quoræ, quas singulis singulis hæreditibus adjudicat ex officio, l. 5. ff. famil. heresf. & si partes timeant, ne Judex, affectu privato ductus uni plus adjecerit, quam alteri? res forti committitur. Struv. Exercit. 15. lib. 10. tit. 2. th. 9. lit. Z. Struvend. n. 25. Si verò res sit indivisibilis? poterit Judex uni ex hæreditibus rem alteri verò vel reliquis prout unum adjudicare, d. l. 22. §. 2. d. de heresf. qui rem habet, deinde utrumque Erben, nach Proportion müssig, und so vel herausgeben. Carpov. & Struv. loc. cit.

138 *Quæ procedunt de Jure civili; aliud obtinet de Jure Canonum per text. in cap. 1. de Paroch. ubi scriptum est, quod major dividat, & minor ei rei, ad exequendum divisionis, quam ab Abraham cum Loth, frater filio, sic factam esse, S. Scriptura produm est Genes cap. 13. §. 8. Ex hæ canonica Constitutio passim in foro, & Camera observatur. Gul. 2. Obs. 116. n. 4. Mynsing. cent. 4. Obs. 37. n. 1. Imò, Berlichio teste, Part. 3. Concl. 21. n. 7. generaliter totius Germaniæ Constitutio recepta est, ut circa divisionem hæreditatis res expedita sit, quod natu major frater portiones, quales vult, constituat; minor autem, utram velit, eligat Gul. loc. cit. n. 12.*

Quem dividendi morem Jus quoque

Austriacum expressè probat, teste Waltero de Jure consuetud. Aust. lib. 3. Tit. 96. Bey Herren und Ritter Stände, i. e. Apud nobiles & Equites cum inter fratres agenda divisio est, debet natu major divisionis partes constituisse; eisdemque diversa divisionis instrumenta (ibid. nobil.) constituere, quos sint fratres. Ex instrumentis debet natu major minoribus natu fratrum præparare ut quod velut alter eligat, quæ electio iuxta juris ordinem ab ipso fieri ita potest, ut natu minoris primo loci, qui proximus hæc est atate secundo loco eligat & sic porro gradatim. Ubi autem minor velit natu major, non statim partes divisionis, vel natu minor non eligens; valent tamen eos iudices auctoritate, faciat que iudex divisionem ex officio, si eorum tanta est contumacia. Cæterum, si Familiæ cum Mafculo in divisione hæreditatis concurrat? licet illa natu minor, dividatamen, & masculus eligat. Carpov. Part. 3. Conf. 15. def. 7.

Quod ipsum an & Jure Austriaco maneat? nullibi desuper potui invenire Constitutionem, & ita pensè optandum foret, ut tandem aliquando determinata de hæreditibus Constitutio in apricum prodiret. Interim quomodo, in major divisionem debeat constituere? vide Walter. loc. cit. ubi ait & sollen die Theile i. e. Non oportet partes ex voluntate natu majoris constitui. Sed ea ex consuetudine præsumuntur iudicio (nach Herren anscheit) constitui & bene & æquitate. Rei autem mobiles, veluti chnodia, vasa argentea, & similia secundum prætium apertis libenter jure. Adsum æstimantur Plura de hac divisione videre possis apud eundem Walter. Carpov. loc. cit. Quibus annovera Schupff. cent. 1. Consil. 71. & Struv. loc. cit. obs. 11. & ibid. 16. per tot.

Adhibeo

140 *Ajoni Communi dividundo* Casus-  
go, & Pamphilus habemus hortum com-  
munem quem nobis donavit, vel legavit  
quidam cognatorum. Cum verò circa  
fructuum perceptionem frequentes inter  
nos rixæ orirentur, idcirco ego peto, fun-  
dum dividi. Pamphilus recusat.

141 Q. quomodo, mihi contra Pamphilum  
consultum sit? R. Per actionem commu-  
ni dividundo; Quæ vulgo *depinatur*,  
quòd sit civilis, mixta, duplex, qua in-  
ter eos datur, inter quos res aliqua parti-  
cularis communis est, ad hoc, ut dividatur  
id, quod alteri ab altero prestanti equi-  
um est. præstat. Dixi I Civilis, quia  
derivanda ex Leg XII Tab. & idcirco intro-  
ducta est; quia nemo invitus cogitur  
manere in communione, eò quod com-  
munio pariat discordia; Respub. autem  
interfuit, ne inter cives discordia sint. l.  
21. §. fin. ff. de captiv. & postea revers.  
Mauz. n. 7.

142 *Dixi* Ad rem communem dividen-  
dam datur actio pro Socio; aut fami-  
liæ hericiscende ergo hæc actio communis di-  
vidundo est *mixta*, & si *personæ*. R. Ac-  
tionem pro Socio tunc competere quan-  
do res communis est ex contractu, aut  
conventionione; & actionem fami-  
liæ hericiscende competere, pro dividenda re al-  
iqua *universalis*, puta, *hereditate*; actio-  
nem verò communem dividundo sortiri  
locum, quando res aliqua sit communis  
non ex conventionione, aut contractu, sed  
*incidenter*, fortè, quando una, eadem-  
que res duobus *legata*; vel *donata* fuit;  
vel, quando una, eademque res à duo-  
bus simul *empta* est simpliciter sine affec-  
tione Societatis, l. 2. ff. commun. divid.  
l. 2. Cod. pro Socio.

Dixi II. *mixta*, quia partim *realis*,  
partim *personalis*. Realis quidem, quan-  
tùm scilicet ad portionem suam, quam  
quæ petit. Schneid. n. 2. Personalis,

quia ex quasi contractu oritur. §. 3. Inst.  
de obig. qua ex quasi contractu. Dixi III.  
duplex quia a par est utriusque causa, &  
uterque rei communis dominus est; ac-  
toris tamen loco ille habetur, qui prius  
ad iudicium provocavit. Mauz. n. 9.

On computat. Hæc actio communis di-  
vidundo duplex est, dicitur, & mixta.  
Directa datur illi, qui rem aliquam  
communem habent, eamque pro indivi-  
so possident. l. 1. ff. co. in in. divid. Nec  
refert, res illa *mobilis* sit, sive *immobilis*.  
Item, quæ modo communis; sive  
causa *hæc* sit; sive alia, l. 2. commun.  
divid. modo possessio non sit iniusta, l.  
7. §. 4. ff. ubi inter prædones hæc  
actio non datur. l. 1. ff. d. l. n. 6. *Mauz.*  
num. 12. Ubi datur *suppletoria* *Ubi*  
*fructus* d. l. 1. §. Si duo rem ei, qui  
in fundum, quam credidit, sibi esse  
communem cum Titio, communis  
erat cum Sejo, expensas, vel sumptus  
fecit, l. 6. ff. commun. divid. *Doct.* hoc  
est, *Abbas* *Inst. de Oblig. qua ex Quasi*  
*Contr. §. 4.*

Contra quem datur? Datur contra il-  
lum, qui rem communem possidet, ad  
hoc, ut res communis dividatur, &  
ut ea præstet, quæ præstari æquum  
est; puta, fructus, quos fortè solus per-  
cepit dividat & expensas pro rata refun-  
dat, damna quoque, ex dolo lata, &  
levi culpa illata, refarciat. *Struv. lib.*  
*10. Tit. 3. Exercit. 15. thes. 23* Discep-  
tatur, an pater in testamento possit præsta-  
re, ut si in perpetuum maneat commu-  
nis? Vide *Harp. Inst. de Oblig. qua ex*  
*quasi contr. 9. 3. num. 48. & Schneid.*  
*Inst. hoc n. 21.*

Causas Actionis finem referendorum. Ha-  
beo, agro tuo confinem, agrum, qui  
per terminos lapideales invicem discreti  
sunt. Tu arando evellis huius res lapideales,  
& præterea aratrum ultra; quàm decet,

in melius agitur. Ego peto ut novi termini ponantur; tu recusas. Q. *quomodo mihi consulatur?* R. Per actionem finium regundorum, quæ ego peto, ut novi termini, id est, *Nene Alaric Stru* ponantur, & *Sempronius* condemnatur, ne *Sempronius* agrum suum ultra *Sempronius* & *Sempronius* occupatam mihi restituat.

345 Unde *Definitur* actio finium regundorum, quod sit *actio civilis*, mixta, duplex, qua inter eos agitur, qui *compositi* agros habent, ad *consuetudinem* novorum terminorum, vel *reparationem* antiquorum, item ad *præstationem* fructuum, & interesse. *Mantz. & S. b. end. Inst. hic.* Unde sua sponte fuit, quod *regere* hic nihil aliud significet, quam *dividere*, *discernere*, vel *fines* in pristinam formam restituere, *Zeef. ff. finium regund. n. 4.* ceterum *qui?* contra quem? & *ad qui* *hic actio competat?* facile est conjicere, possis etiam *videre Stru. Exercit. 14. Lib. 20. tit. 1. per tot.* ubi lausissime de materia finium, & terminorum lapidalium scribit.

#### §. OMNES 21.

Abolvimus tres actionum Divisiones; sequitur nunc quarta, videlicet, quod alie in *simplicibus* conceptæ sint, alie in *duplo*, alie in *triplo*, alie in *quadruplo*; ultra quadruplum autem nulla extenditur actio ut aliquis in *Jure* peccatum *factum*, & *modus* sit. Deinde cum potius omnes Legislatori sint arbitrarie, merito stat pro *Ratione* *Voluntate*, ut, proinde in inquirenda ratione, quare hæc: vel illa pena pro hoc: vel illo delicto statuta sit? solliciti, & anxii esse non debeamus.

#### §. IN SIMPLUM. 22.

In *simplicibus* agere, dicimur, cum rem nostram, vel nobis debitam, petimus. *Eest ad Inst. hic.*

absque aliqua *geminatione*, vel *multiplicatione*: vel quia *penam* aliquam absolutè, sine ulla re, persequimur. Sic in exemplo, quando ex *stipulatione* petimus rem *promissam*; ex *mutua* datione rem *credidam*, ex *empto*, & *venditio* *modi*, vel *gratiæ*, &c. *autem* dicta *ag. & 7.*

#### §. IN DUPLO. 23.

Actiones in *duplo* dicuntur illæ, quibus præter rem, nobis debitam, aliquid ultra petimus, quod estimationem rei debite duplò excedit, tales actiones hic quinque enumerantur. I. Actio *furti* nec *manifesti*, de qua egimus *Tit. 1. de oblig. qua ex delictis*. II. Actio *damni injurie* ex lege *Aquila*, de qua extat §. 4. *supra ad Leg. Ag. 111.* Actio *depositi* ex causa *incendi*, *tumultus*, *ruina*, *navis* adversus *indebitum*, in qua tamen actione duplò *simplicis* rei inest *L. 1. ff. depositi*. IV. *Servi corrupti*, quæ oritur ex *delicto* ejus, qui *Servum* alterius, dolo malo, & *calliditate* quodam corrupti, in quantum interesse & *damnum* duplicatur. *Perez. Inst. hic.* V. Actio ex *testamento*, quæ pro legato, venerabilibus locis relicto, competit adversus hæredem, qui legati solutionem differt donec *Judicio* conveniatur; vel, qui legatum negavit, de qua *Actione* §. 19 *h. l.* egimus. Superest, ut, cum de reliquis quatuor jam egerimus, de actione *servi corrupti* agamus, quæ (cætenus saltem, quatenus ad *filiosfam. trahitur*) *Utilitate non caret.*

De *actione servi corrupti* Casus: Habui *Servum*, vel *filium fam.* vitæ *moribus* valde conspicuum, & præclara indole benè insignitum, huic concessi, utpote *indultrio*, & *sedulo*, certam pecunie quantitatem, ut cum ea negotiaretur. *Sempronius*, vir, vitæ *per-*

perdita persuasit filio ut usum, conpotationibus, & contraria pecunias perfunderet. Filius, sic indolens, pecunias dissipavit; & mores, tam corruptos, contraxit, ut corruptionem, ut si fieri posset, 100. si emendarem. Quam modo mihi contra *Symphonium* seu *Toreu* consultum sit? R. quod à me impetito possit actio servi corrupti, qua peto, ipsam in duplum, id est 200. si condemnanti.

Quid est actio servi corrupti? Est actio praetoria, *perfonalis*, mixta; domini servi corrupti aduersus eum, qui servum corripit, in duplum. Dicitur I. *Personalis*, quia descendit ex delicto. II. *Praetoria*, quia datur ex delicto Praetoris l. 1. ff. de Serv. corrupt. III. *Mixta*, quia non solum rem ipsam, & veri in interest: sed etiam poenam persiquitur.

Cui competat? Observa! hanc actionem aliam esse utilem, aliam doctam. Directa datur domino servi corrupti l. 1. ff. de Serv. corrupt. Utilis datur patri, si filius ejus per aliquem corruptus fuerit. Item Marito, si Uxor corrupta sit. Et; licet liberi homines ad *affinitatem* non recipiant; agit tamen Pater & Maritus ad estimationem operarium, quas filius, & uxor praestare potuissent, si corrupti non essent.

Contra quem competat? Directa datur domino contra corruptorem servi sui, qui scilicet suo consilio vel persuasionibus servum bonum fecit malum? vel malum deterorem. Utiles datur patri contra corruptores filiorum liberiorum l. Ut testium ff. de serv. corrupt. ubi potius Gomez. n. 11. hanc actionem enim patri applicari posse, si filiam Virginem habuerit, & eam quis defloraverit. At sciendum hodie illum, qui Virginem corruptit, ex Jure canonico cap. 2. de adult. teneri, ut

uxorem ducere, & (aliqui legunt aut) secundum ipsius dignitatem, & corruptoris facultates notare. Quanta tunc in dos constitui debeat? id arbitrio Juicis determinandum relinquitur. Ubi tamen certum est, post ablutam virginitatem dotem majorem debere constitui, quoniam *Virginitas*, quae secundum dos dicitur, perit. Schneid. n. 13. Sed

Quae requirantur ut actio servi, vel filii vel uxoris corruptae competat? requiritur I. ut servus sit in moribus, sive animo corruptus. Si enim in corpore duntaxat laesatur, vel corruptus? non actio de servo corrupto; sed legi Aquiliae datur §. 13. Inst. de l. 3. Aquil. II. Ut quis dolo male sua erit. Nam! dolo cessante, ut quia huius gratia quis aliquid suavit, cessat haec actio l. 3. ff. de Serv. corrupt. actibus enim in cunctis dominatur sola voluntas. Manz. num. 21.

Ad quid competat? Datur ad duplum in damnum accepti, ut, si ante corruptionem servus valuerit 24. post corruptionem autem tantum 14. & sic 10. minus valeat, ago non tantum ad damnum datum; sed; ad duplum, id est, ad 20. Deinde; si egit dominus, ratumne servi corrupti, ulterius subicit, quia, praeter corruptionem, servus mihi ex dolosa perfusione furatus est *causam*, valentem 30. si peto quoque, persuadentem ad scyphum, & ejus estimationem condemnari *Schneid. num. 15.* Quando verò patet agitur pro filio, vel filia corrupta, tunc illustratio non refertur ad corpus, quia liber homo estimationem non recipit, sed ad operas aestimandas quibus pater vel maritus privatur. Harp. num. 9. Manz. n. 29. tibi ponit exemplum in filia, ita liberaliter illustrata, & educata, ut cum pater, modicâ dote,

v. g. 100. fl. f. in Matrimonium elocare potuisset; sed, quia aliquis animum ita corruptus, ut etiam cum dote 300. fl. vix possit nubere, ideo (putant) corruptorem ad duplum interesse, id est, 200. obligari. *Mauz. num. 29.*

### §. TRIPLI. 24.

149 In Triplum una tantum est actio, puta, *condictio ex lege*, ob *maiores sportulas*, &c. Quae olim dabatur Reo contra actorem, qui per fraudem plus debitum in libello complexus est, ut *Viatores*, sive *Apparitores* maiores sportulas acquirerent. Hodie ista actio usum nullum habet, quia *apparitores*, sive *executores* sua quisque certaalaria habent,

### §. QUADRUPLI. 25.

Recessit in hoc §. actiones in *quadruplum*, quarum quatuor reporiuntur I. actio *fortis manifesti*, de qua *hoc lib. tit. i. egimus*. II. actio, quod *metus cau. a. III. de calumniatoribus*. IV. *condictio ex lege adversus executores*. Et quia posteriores duae habent aliquam affinitatem cum §. *praced.* ideo priore includemus.

250 De actione in factum contra Calumniatores. Pro pleniori huius §. intellectu observo, calumniatorem alium esse in causis criminalibus, qualis ille dicitur, qui sciens, prudenter aliqui falsa crimina dolo malo inmentat, juxta l. 1. §. ff. ad SC. Turp. l. cuius convicti poena olim erat ex lege *Reuma*, ut ejus fronti littera K. inureretur; sed id suolite constitutum l. 17. Cod. de pen. postea introductum, ut poena tabulis afficeretur l. 1. ff. Cod. de calumniat. sed & ista poena exolevit, remansit hodie adhuc poena infamiae l. 8. Cod. eod. Huic calumniatori similes quasi sunt *pravaricatores*, qui vera crimina ab-

ducunt, probationes proprias dissimulando, & falsas vel accusationes admittendo, d. l. 1. §. 1. non *tergiversatores*, qualis ille dicitur, instituta, & ordinata accusatione, sine abominone, id est, sine venia delinendi, ab accusatione desistit, l. 10. Cod. ad SC. Turp. Schaub. l. 6. De his autem l. 6. §. non agitur, sed de *calumniatoribus*, in causis civilibus, qualis illi dicuntur, qui ideo pecuniam accipiunt, ut, calumniae causa alicui fierent negotium in iudiciis, vel non facerent. Quod ut melius percipiatur, ponitur talis.

Cassius: Tamen cum Sempronio, mihi nihil unquam negotii fuerit; ipse tamen accepit, à Titio 22, fl. vel aliud *Evohementum*, ut mihi *litum* inferret, & sic me in *Judicium* per biennium vexavit, probè gnarus, se nihil profus habere Juris. Vel aliter: Sempronius, nullam proflus adversus me habens actionem, Calumnia, & Vexationis causa, me volebat trahere in *Judicium*. Ego, homo à *Judiciis*, libus multum abhorrans, 10. ei dedi, ut *Judicium* evitarem. Q. quomodo nubi contra *Malitiam Sempronii* consulatur? R. quod habeam adversus ipsum in utroque casu actionem ex *Edicto Praetoris in factum*; quā peto, *quadruplum* accepit pecunia mihi restat. *Mauz. num. 3. & 4.*

162 Quid sit actio in factum de Calumniatoribus? Desinitur haec actio, quod sit *personalis*, *praetoria*, iuxta, quae datur contra eum, qui pecuniarum ideo accepit, ut alicui innotente per calumniam negotium in *Judicio* fieret vel non faceret, ultra annum in *quadruplum*, post annum in *simplem*.

Cui competat? Dic breviter, quod detur ei, qui dedit pecuniam, ne trahatur ad *Judicium*, l. 3. §. fin. ff. de calum-



*calumnias*. Quod si verò alius dederit pecuniam ; tunc res *Diffinitionis* admodum determinanda est : aut alius tibi dedit pecuniam , ut me calumniosè in Judicium traheres , & is nihil repetere possit , quia tecum est in pari causa turpitudinis , sic mihi hæc actio datur d. §. *fin*. Aut alius tibi dedit , ne me calumniosè trahas in Judicium , & tunc mihi datur hæc actio ad quadruplum ejus , quod sic accepisti ; ei verò , qui dedit pecuniam datur ad singulum , l. 7. §. 2. ff. *ead.* Sanè hæredi ejus pecuniam dedit , ne trahatur in Judicium , actio hæc non in quadruplum , sed in singulum datur per *apert. text. l. 4. ff. eod. Schneid. n. 14.*

154 *Contra quem competat ?* Datur I. contra eum , qui à tertio accepit pecuniam , ut item calumniosam moveret. II. Contra dantem , qui scilicet terrium subornavit , eique dedit pecuniam , quia & iste posita quadrupli tenetur , l. 31. *Cod. de Episcop. & Cler.* III. Datur domino principali contra suum procuratorem , vel Advocatum , qui pecuniam accepit , ut domini negotium per calumniam ageret , id est , ut ab adversario se pateretur vinci , quo casu , & accipiens , III. dans in quadruplum tenetur. IV. Contra hæredem accipientis , quatenus ad eum pervenit : nam turpia lucra etiam ab hæredibus repetuntur : licet crimina extinguantur , l. *ho heredem. ff. de calum.* Schneid. n. 22.

*Quid requiratur ?* Ut hæc actio fortietur locum , desideratur I. Ut pecuniam calumniator acceperit ad hunc finem , ut calumniosam actionem institueret , vel , ne illam institueret ; alias , si pecunia daretur , ut crimen non detegeretur , ex S. C. *Turpiliano* tenetur , prout dictum II. Ut pecunia

data sit , ob negotium Judiciale calumniosum , nam si negotium extra Judiciale foret , alia daretur actio , sic v. g. si tibi dedi 100. ne me spoïares , actio , quod metus causa , aut conditio ob turpem causam mihi accommodaretur. Ita Schneid. n. 22. & 23.

*Ad quid datur ?* Intrannum ad quadruplum ( cui tamen inest singulum ) per annum in singulum hæc actio datur Manz. n. 16. & 17.

### De conditione ex Lege adversus Executores.

Hæc actio datur contra *Executores* , 156 seu *Mingiros publicos* , qui exigunt ali. quid ultra *confiscentas* & *confiscentas* sportular. Facit enim , *Vienne* consuetudine reductam esse , ut pro singulis citationibus Appartori fulverentur 6. crusig. & is exegerit 12. Q. quomodo solvens 12. consulatur ? R. per conditionem ex lege adversus executores , quæ sic definitur , quod sit actio per sportulas , crusis , mixta , quæ datur ei , qui , ad instantiam executorum , majores sportulas solvit , contra ipsos executores ad quadruplum ejus , quod iniuste exigerunt. Schneid. n. 24.

Hodie universa propemodum locorum consuetudine taxata sunt salaria executorum ut ista actio usum vix nullum habeat , & aliunde actiones in duplum , triplum , & quadruplum penitus exoleverunt : proinde , si executor , plus debito , exegerit , penâ extraordinaria afficiendus erit . Schneid. num. 26.

### DE ACTIONE , QUOD METUS CAUSA.

Hæc actio ut melius percipiat , 157 tendit , eam competere pro vi illata violentia ; violentiarum verò esse V. Genera.

358 **Genera.** Nam I. quædam Violentia dicitur *expulsiua*, quæ per vim expulsiua est. *summi*, quando licet quis deiecit ex possessione sua, a loco, &c. & pro tali violentia datur. Interd. *quod vi unde* § 1. et recuperandam possessionem, prout § 6. de *Interd. iudicamus* II. est quædam Violentia *ablativa*, quæ circa res mobiles committitur, quando per vim ejusmodi res rapiuntur, & auferuntur, de qua violentia *Tit. de Vi honor. rapt. supra* III. Est quædam violentia *turbativa*, quæ committitur, quando duo, pluresque præcedunt, ut posseditores ejusdem rei, & unus turbat alium, & si talis in res *immutabiles*, prædictum interdictum *uti possidetis*, si videtur in rebus *mutabilibus*, tunc Interdictum *in rebus* locum habet. IV. Est quædam violentia *inquietativa*, quando aliquis, qui non est possessor, nec præcedit, licet ejus possessorum, vi aut eam inquietat, & non sinit, alium uti re sua quiete, quo casu Interdictum, quod Vi, aut *Interd. competit*. V. Est quædam violentia *compulsiva*, quando quis per vim & metum taliter incompulsus & turbus compellitur, ad aliquid dandum, vel facendum, & tunc uti actio, quod *Metus causa* locum habet, *Schamb. n. 33.* & § 34. quam exemplificat multis

159 **Casus** : Equum habui, valde generosum, quem sibi vendi, frequenter mihi Titius rogavit. At ego id tenui. Titius, evaginato gladio, me ad venditionem urgit. Ego, metu consternatus, & præsentis periculi timore percussus, equum isti vendidi 40 fl. quem vendendo nunquam cogitavi, aut, si vendidissim, non, nisi 80 fl. vendidissim. Q. quomodo mihi contra ipsum consuevit? Certe est, quod de iure causa nulla mihi adversus ipsum competit actio, quia coacta voluntas est

*etiam voluntas*, qui enim vi, metuve cogitur, vere consensit, *inter duo scilicet mala minus eligendo.* *Mantz. n. 5.* Sed Prætor, æquitate inductus, tale Elicitum proposuit : quod, *Metus causa*, gestum est, rationem non habeo, l. 1. ff. *quod met. caus.* licet enim coactus velit, non tamen vult, ut volens, sed, ut coactus. Deinde Temeritas metum incutienti lucrum parere, aut prudesse non debet. Hinc descendit actio *quod metus causa*.

**Quid sit actio, quod Metus causa?** 160  
Actio, quod metus causa, *definitur*, quod sit actio *personalis*, in rem scripta, prætoris, quæ datur illi, qui per metum, cadentem in constantem errorem, ad alienandum, vel dandum aliquam rem, coactus est, contra quemcumque possessorem rei, & infra annum ad quadruplum ejus rei, post annum ad simplex, &c. Dicitur I. *personalis*, quia defendit ex obligatione, puta, ex delicto *concessionis*, & *Coactionis*. Dicitur II. *in rem scripta*, quia non solum datur adversus eum, qui metum intulit, sed adversus quemcumque, qui ex metu illato sensus commodum, licet ipse metum non intulerit, necesse enim debet ex delicto alterius lucrum sperare. Et in hoc sapit naturam realem actio nem *Schamb. n. 35.*

**Dicitur**, cum actio, quod metus causa, adversus quemcumque possessorem datur, cur non vocatur *realis*? 161  
 denominationem sibi à causa principali, principalis autem causa hujus actionis est *Delictum*, ergo *personalis* dicenda; licet etiam ipsam rem persequatur. *Mantz. n. 13.* Unde in *rem scripta* dicitur; quales dicuntur illæ actiones, quæ ex natura sua quidem *personales* sunt; quia tamen etiam *rem* persequuntur, ideo actiones illæ, in rem scriptæ esse, dicuntur. *Schamb. loc. cit.*

Dicitur III. *Prostoria*, quia pro-  
to illum introdaxit. Reliqua *d. sum-*  
*ptoria* verba ex decursu redferuntur per-  
spicua, quando declarabimus, *cui?*  
*adversus quem?* & *ad quid* hac *actio*  
*competit?* quod prorsum præsternus,  
Sequitur.

161 *Quæ requirantur ad Actionem, quod*  
*Metus causa?* Ut hæc actio compe-  
tat, requiritur I. ut agatur pro *Viol-*  
*entia compulsa*, qua quis ad aliquid  
*dandum*, *ve. facendum*, adductus est.  
II. Ut metus talis fuerit, qui cadit  
in *constantem vitium*, qualis est me-  
tus *mortis*, *cruciatum corporis*, *servitu-*  
*tus*, *incarcerationis*, &c. Num autem  
talis metus sit, deserti Iudicis arbi-  
trio, pro qualitate personarum deter-  
minandus minor in *senectute*, & *homine*  
*minus robusto*, aut *adulto* sufficere. Il-  
lud non refert, si metus illatus ipsi  
actori, aut liberis ejus; pater enim  
plus censetur diligere sum filium,  
quam se ipsam, & nullus est affectus,  
qui vincat paternum, *l. fur. Cod.*  
*de Cur. fur.* Unde si quis dedit ali-  
quid, ne filia aut uxor stuprum pa-  
tiatur, per hanc actionem id repetere  
potest, cum iste metus *Vicis bonus*  
major, quam *mortis*, esse debeat, &  
gravius sit *Vicio Adulterium Uxor*  
is, quam *Occisio proprii filii*. *Schneid*  
*man. 38.*

162 Porro cum non quilibet metus  
hanc actionem pariat, ideo sciendum,  
V. esse genera metus. I. Metus *facti*,  
quando scilicet imminet periculum  
*mortis*, *cruciatum corporis* &c. & de  
hoc metu procedit hæc actio. II. est  
metus *immarium* qui hanc actionem  
non producit *l. 9. Cod. quod met.*  
*causa* nisi *l. per. 3. 3.*, quæ minatur,  
possit minas ad effectum perducere. II.  
nisi consueverit, tales minas perdu-  
cere ad effectum *l. 5. Cod. eod.* III.

nisi sint minæ atrociores, *facti* scilicet,  
his enim tribus casibus etiam  
metus minarum, hanc actionem pro-  
generat, *Schneid. n. 41.* in reliquis ca-  
sibus poterit is. qn minarum metu  
percellitur, officium Iudicis implo-  
rare, & cautionem, de non offendendo,  
petere, *Schneid. n. 42.* III. est  
metus *potentie publice*, quando is,  
qui incutit metum, est potens, &  
superior aliquis dominus, sic est *Co-*  
*mes*, *Baro Nobilis* erga *rusticos*, &c.  
Eum vero

*Est* rogare Ducum *species violenta-*  
*jubendi*,

*Et, quasi nudato supplicat ense*  
*Potens.*

Unde si subditus rogatus; suo  
Comiti fundum vendat, vendidisse,  
censetur. Hæc tamen metus potencie  
publicæ hanc actionem, quod metus  
causa; non parit, sed talis contractus  
officio Iudicis, & *conditioe ex l. pen.*  
*l. ult. Cod. Quod met. caus. rescindi-*  
*tur.* IV. est metus *reverentialis*, *quæ*  
*pater* habet in *liberos*, *maritus* in *uxo-*  
*rem*, *Patronus* in *libertos*, & iste me-  
tus etiam non inducit actionem, *quod*  
*metus causa*; sed actus, tali metu ini-  
tus: officio Iudicis venit rescindendus  
*l. 1. § 6 ff. quæ rer. ad. non dat.*  
V. est metus *persone*, quando, ad  
celebrandum contractum, quis solici-  
tatur ab aliquo, *cujus personam ti-*  
*met.* Veluti si *clerus*, rogatus ab *ad-*  
*vocato*, *Medicus* ab *agrote*, &c. eis  
vendat fundum. Et nec isto metus  
producit actionem *quæ. met. ca. l.* Con-  
tractus tamen initus officio Iudicis  
rescinditur *l. 6. Cod. de posul. l. si*  
*Medicus ff. de var. l. extræord. cog.*  
Ex dictis, veluti fonte, fluit, quod  
solus metus facti ponat hanc actionem,  
quod



actionem furti nec manifesti, servi corrupti, legum aquila, depositi in quatuor casibus, puta, tempore incendi, translationis, naufragii, rursus, &c. deinde actionem ex testamento pro legato, venerabilis locus relicto, &c. hoc §. Imperator ostendit differentiam istarum actionum quæ in eo consistunt, quod aut non sunt nec manifestæ, & actio servi corrupti animo le, temper & indistincte fiat in duplum ab orig. ne & ex nature; siue neget aliquis, se furtum fecisse, servumque corruptisse, siue confiteatur. Contra vero reliquæ actiones ex sua natura, & origine tantum in simplum dantur; postea autem ex accidenti primum, nimirum propter infractionem, duplantur. *Manz. hic.*

## §. SILETIQUE. 27.

166 In hoc §. ostendit Imperator differentiam inter actiones quadruplas, quæ in eo posita est, quod in his actum (videlicet actiones furti manifestæ, actione in factum de calumniatoribus, in condictione contra executores litarum) reus condemnatur semper in quadruplum; siue restituere paratus sit, siue non. In actione verò, quod metum causa, tunc demum ad quadruplum agitur, si reus, rem restituere iussus, iudici non paruerit. Est ista differentia, quod in actione furti manifesti quadruplum metæ pœna sit; in reliquis verò tribus quadruplo res: siue simplum insit. *Manz. & Harp. hic.*

## §. ACTIONUM. 28.

167 Insignis est, & valde memorabilis iste §. in quo V. genus, & principalis Divisio actionum subicitur, videlicet, quod omnes actiones sint aut bonæ fidei, aut stricti iuris.

Alit Dices: omnis bona divisio debet fieri per species, directe oppositas,

de genere; sed hæc divisio, quæ actiones dicuntur et alia bonæ fidei, et alia stricti iuris, non fit per species, directe oppositas; ergo non est bona. Pro resolutione vane hæc obijctionis nota, quod bona fides verbum de bonæ fidei, id est de bona recipiens significat, & quidem in bona fide accipitur pro pœnero, recte, largo, & pro animo, ab omni fraude, subtilitate, aut alio improbitate sorte iuncto, & in hoc sensu bona fides accipitur pro æquo, & bono, quatenus nimirum opponitur stricto & summo iuri, quod alicui summa iniuria dicitur. Hoc supposito, & ad object. neg. manifestum, si bona fides accipitur in secunda significatione, puta, pro æquo & bono, tunc directe opponitur stricto iuri, ut proinde divisio facta sit per species, directe oppositas. *Manz. Inst. num. 1. & Schneid. n. 5.*

Ex dicta facit colliges, actiones bonæ fidei taliter concipiuntur & eleganter describi; nimirum, esse illas, quæ largus in bona fide exuberant, seu, in quibus Iudex habet largam & amplem potestatem iudicandi non tantum de iis, quæ inter partes expresse convention-tæ sunt, sed etiam de iis, quæ naturalis æquitas suadet; licet ea in contractu neque dicta neque agitata sunt. In exemplo: Ego, vendidi tibi fundum, nondum perceptis, sed pendentibus fructibus. Hoc in casu, licet nulla in contractu fructuum mentio facta sit, nihilominus tamen veniunt in actionem empti, l. 13. §. 10. ff. de act. empt. vide quæ diximus hb. 3. tit. 14. num. 17. & seqq. Actiones verò stricti iuris illas esse, in quibus Iudex non habet liberam ex æquo, & bono iudicandi potestatem; sed verbis pascicentium ita adstrictus est, ut nec in plus, nec in minus, quam verbis

verbis expressum est, reum condemnare possit. Ut ecce<sup>1</sup> si tibi fundum, pendentibus, & maturis, fructibus, per stipulationem dare promiserim, & de fructibus nihil dictum aut cogitatum fuerit, fructus non debentur, *l. 78. §. 3. ff. de V. O. Manz. n. 6. §. 7. Schneid. hic.*

## AD V. BONÆ FIDEI.

170 Q. in hoc v. *quantum actiones dicantur bonæ fidei*? Ut breviter te expedias, dic, quod omnes actiones de mundo, quæ in hoc nostro §. 28. in specie non enumerantur, sint stricti Juris: Contra verò illæ, quæ hic in §. 28. recensentur, sint bonæ fidei. Ita communiter docent fere omnes DD. ex ratione, quod *inchofo unius sit Exclusio alterius arg. l. 63. §. 1. ff. de condit. & demonst. Schamb. Inst. hic. Manz. n. 13. Schneid. n. 7. Harp. n. 71. & seqq. Mynsing. n. 7. & communiter omnes*, ita ut auctoret sit argumentari possis; hæc, vel illa actio in hoc §. 28. non recensita; ergo est stricti Juris.

Obj. *l. 8. de Jud.* ubi ita scribitur: *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse strictam, æquatisque, quam stricti Juris, rationem.* Sane, si in omnibus rebus æquitas servanda est, ergo etiam in omnibus actionibus; ergo omnes actiones sunt bonæ fidei. R. Aliud esse, servandum esse æquitatem, aliud verò, posse de iis judicare, quæ inter partes conventæ non sunt. Æquitatem Judex etiam in strictis judiciis servare, hoc est, illam summo rigori Juris præferre debet, aut de iis in stricti Juris judiciis judicare nequit, quæ inter partes expressè conventæ non sunt: *Schamb. loc. cit.* Unde sua sponte fuit, quod, licet actio injuriarum, ex æquo: & bono esse,

*Apud ad diffinit.*

dicatur, *l. 11. §. 1. ff. de Injur.* Hæc n. *funeraria actio ex bono, & æquo oriri, l. 14. §. 6. ff. de rebg. & sumpt. fun. actio de sepulchro violato in bonum, & æquum concepta, l. pen. ff. de sepulch. viol. conditio indebitus, ex bono, & æquo introducta, l. pen. ff. de condit. indeb.* quod, licet (inquam) præmemorata actiones taliter conceptæ, aut introductæ dicantur, omnes tamen stricti Juris sint, ex hac videlicet fundamentalis ratione, quia in hoc nostro §. 28. in specie, & nominatim non enumerantur; & Judici illa laxa, & ampla potestas, etiam de non conventis judicandi, non competit. *Harp. n. 78. Manz. n. 41.*

Q. an illa clausula, *Instrumentis inserti solita, aliter gerentibus, und chne Gefährde, actionem stricti Juris transformet in actionem bonæ fidei*? Negant, *Harp. n. 67. Manz. n. 51. & plures*, ab his arguti, ex ratione, quia modus actionum, à lege introductus, privatorum pactis non potest immutari, *l. 17. ff. de R. J. Affirmant Berlich. P. 2. conclus. 24. n. 62. Bald. lib. 1. Consil. 343. Wesenb. p. 1. Consil. 14. n. 17* ex ratione, quia in *l. 152. §. ult. ff. de C. J. bona fides, & clausula, seu promissio de præstatione doli, exsequuntur. Mihi* (ut verum fatear) præplacet prior opinio, & existimo, illam clausulam idèò tantum addici, ut ostendatur nullum dolum intervenire, qui æque à contractu stricti Juris quàm bonæ fidei abesse debet, *Manz. n. 49.* Cæterùm, cum de nonnullis actionibus bonæ fidei, quæ in hoc §. 28. recensentur, in promissis hinc dictum sit, idèò illas denuò, sub eundem revocare, supersedeo, & eas duntaxat, quæ nondum retigimus, hic subiiciendas, duxi. Sunt autem earum adhuc IV. puta, actio præscriptis verbis

M m m m

lo

in genere, actio *prescriptis verbis* affirmativa, actio *prescriptis verbis* ex permutatione, & *perito hereditatu*. Itaque sequitur

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS  
IN GENERE.

IV. Effic contractus innominatos, puta *do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias; facio, ut des*, manifestus est manifestus. Ex his contractibus non nascuntur nominata, & speciales actiones, plura enim per istos IV. contractus sunt, tractanturque negotia, quam rerum sunt vocabula, l. 2. l. 4. ff. *prescript. verb.* atque proinde difficile, imò impossibile fuisset, cuius negotio proprium nomen actionis applicasse. Itaque Imperator dedit generalem quandam actionem quæ ex omnibus negotiis nascitur, quæ per memoratos IV. contractus sunt, eamque actionem baptizavit *prescriptis verbis*, vel actionem in factum. Schamb. *luc. luc.*

172 Ubi tamen observo I. quod actiones *prescriptis verbis*, & actio in factum promiscuè sumuntur. ita ut toties competat actio in factum quoties actio *prescriptis verbis* competat. In eo tamen differunt, quod actio *prescriptis verbis* in causis *civilibus* tantum; actio vero in factum tam in *civilibus* quam in *crimenalibus* locum fortuitur. *Menz. n. 12. Schamb. luc. Oldendorp. clus. 4. ad. 40.*

173 Observo II. & pro regula capere: quod toties actio *prescriptis verbis*, vel actio in factum datur, quoties negotium, quod geritur, naturam contractus habet; sed tamen negotium tale sit, ut ad certum speciem contractus referri nequeat. Ut ecce: Ego unum duplasat equum habeo; & tu unum; jam, cum nullus nostrum curru

vehi possit, rogo te, ut tuum equum mihi commodes, & promitto, quod postea meum tibi commodare velim, ut pariter currum ambulatum vehi possis. Tu mihi equum tuum per 8. dies commodasti: ego vero, cum & meo equo uti velles, illum tibi commodare recuso. Q. qualis tibi adversus me competat actio? R. Quod tibi competat actio *prescriptis verbis* ex contractu innominato *do, ut des*. Sed, quare non datur actio *commodati*? vel *locati*? Ideo, quia commodatum debet esse gratuitum, & in locatione merces consistere debe: in pecunia numerata, *Menz. n. 15. Et n. 19* Fac iterum, quod auri fabro poculum argenteum miserim, ut exploraret ejus pretium, & bonitatem; postea vero, cum poculum vellem repetere, auri faber noluit restituere. Q. qualis mihi adversus auri fabrum applicetur actio? R. Quod actio *prescriptis verbis*, ex ratione, quia illud naturam contractus sapit; & tamen speciale nomen non habet, quo in casu actionem *prescriptis verbis*, vel actionem in factum competere dictum fuit *supra*. Item III. competit actio *prescriptis verbis* ei, qui merces à gihro navis utatur, & incertum est an navam conduxerit, an merces vehendas locaverit l. 1. §. 1. ff. *de prescript. verb.* IV. Ei, qui puerum docendum sive nutriendum, aut pecus pascendum dat, ita ut, si post certos annos venerit, pretium communetur l. 13. §. 1. ff. *cod. V.* Ei, qui vendere vult velimenta, & emptori dat vendenda, ut pretio alter utatur, l. 19. ff. *de prescript. verb.* l. 11. ff. *de R. C. VI.* Ei, qui equos venales expetendos dat, ut, si in triduo displicuerint, reddantur, l. 20. ff. *de prescript. verb.* VII. Ei, qui argentum dat explorandum; si aliter, cum dis-

plicuisset, seruo det referendum, idque pereat. *d. l. 20. in fine. VIII.* Ei, qui donavit, & alter conditioni adjectæ non pareat, *l. ult. Cod. de rei permut.* Ratio horum omnium non est alia, nisi ista, quod toties detur actio præscriptis verbis, quoties desiciunt ulitata actionum nomina.

*Observa III.* quod repetite sit casus, in quibus competit actio in factum, nullatenus verò actio præscriptis verbis. Ut ecce! cum *Mævius & Titus* ambularent juxta *Tiberim*, rogavit unus alterum, ut annulum suum ei ostenderet, ad hoc, ut illum inueneretur, cum autem annulum reciperet, per incuriam annulus ei de manu excidit in *Tyberim*. *Q. qua actione pretium annuli alter consequi possit?* *æ.* Quod actione in factum, quæ tunc competit, quando negotium sapit naturam delicti, & tamen speciale nomen non habet. Vide latè *Mantz. Inst. hic. n. 5. & seqq.*

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS  
VERBIS ESTIMATORIA.

175 Priusquam hujus actionis naturam excutiamus, præmettendum duxi, quid sit *Contractus estimatorius*? est autem nihil aliud, quàm *contractus innominatus*, quo rem, certò prætiò estimatoriæ, quis tradit alteri vendendam ea lege, ut vel pretium conveniat: vel ipsa res incorrupta restituitur. *l. 1. §. 2. ff. de estimatoria actione.*

179 *Requisita* hujus contractus duo sunt. I. ut res vendenda cum certa estimatione alicui tradatur. Hinc si res non estimator, sed in genere & simpliciter pro justo pretio vendenda committitur, non hic contractus, sed vel locatio, vel mandatum initum esse, censetur. *Haken. ad b. 4. n. 5. II.* ut res

eum in finem traditur, ut et vendatur, *d. l. 1.* Unde si ab initio conveniant partes, ut res non alio vendatur, sed ut ipse accipiens eam pro certo pretio habeat, iterum non hic contractus: sed emptio venditio erit, atque adeò non estimatoria, sed actio empti venditi locum habebit, *l. 10. §. 4. & 5. Et l. 18. ff. de jura dot.* *Effectus* contractus estimatorii est, ut rem accipiens teneatur incorruptam cum omni causa, puta fructibus, qui accesserunt, *l. 18. §. 1. Et 2. ff. de pignor. act. aut estimatoriam restitueret, l. 1. §. fin. ff. de estimat. act. Struv. lib. 19. tit. 3. Exercit. 25. tit. 6. lit. A.*

*Q. 1. quid? si plures res fuerint venditæ, quam erat estimatoria?* v. g. *Sejus* 177 proxeneta fundum, vel catenam auream, à *Sempronio* pro 90. estimatoriam accepit, & 100. fl. vendidit, teneaturque *Sejus* 90. vel. 100. fl. restituere. *æ.* ante omnia conventionis rationem habendam esse, ita ut, si conventum sit, ut lucrum proxeneta cedat, standum sit conventioni, *l. 13. ff. de præscript. verb. cum pacta dent legem contractibus, l. 23. ff. de Re J.* quod si nihil conventum fuerit, lucrum pertinebit, ad dominum, *arg. d. l. 14. ubi,* ut lucrum cedat proxenetae, rem vendendam accipienti, opus est pacto, & conventionem, qua opus non foret, si hoc ipso, quod rem vendendam acceperit, lucrari posset id, quod pretium excedit. *Zues. ff. de estimat. act.* Accedit, quod ex mandato nihil remanere debeat penes mandatarium, licet extra fines mandati aliquid acquisiverit mandatarius, ut idem hoc casu dicendum videatur si paritate rationis, *brunnem. in l. 1. ff. de estimat. act. Struv. loc. cit. tit. 6.*

*Q. 11. Ad quem spectet periculum rei, ad adventum estimatoria data?* Cæurrunt 178



In hac Q. duo text. qui sibi invicem vehementer videntur contrarii. I. est in l. 1. §. 1. ff. de *asynas. ad.* ita sonans: *asimatio autem facit periculum ejus, qui suscepit: aut igitur debet ipsum rem incorruptam reddere, aut asimationem, de qua convenit.* II. est in l. 17 §. 1. ff. de *prescrip. et ib.* his verbis: *si margarita tibi asinata dederit, ut aut eadem unbri asseres, aut pretium eorum.* Deinde hoc porciunt ante venditorem, *cujus periculum sit?* Et ait Labeo, quod & Pomponius scripsit, siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum. Si noster nostrum; sed duntaxat consensimus; tenevi te habentem, ut dicitur. & culpam tibi praestes; actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. Huiusmodi text. ut in concordiam reducerent, variis variis excogitarunt.

Ego, (ut breviter me expediam) referre existimo, num estimatio facta sit (ut ajunt) propter ipsam rem; num verò propterea, ut sciret accipiens, quanti rem vendere deberet? Sin estimatio propter rem facta sit, ita, ut quasi conditionalis inter dantem, & accipientem contracta sit emptio venditio, fortè, quis proxeneta rem hac conditione accepit estimatam, ut vel pretium exsolveret, vel rem in natura restitueret; tunc fortietur locum d. l. 1. §. 3. & periculum erit accipientis, ita, ut, si res casu perierit, teneatur ad exsolutionem pretii. Casp. lib. 1. respons. 106. Ratio est, quia estimatio facit emptionem venditionem, & dominium transferri in accipientem. Menoch. lib. 3. praesumpt. 74. & vol. 3. Confil. 229. n. 16. Sin estimatio expropter facta sit, ut intelligat accipiens, quanti rem vendere debeat, iterum reuert, quisnam alterum roga-verit? num dominus pro-

xeneta; num proxeneta dominum? I. casu estimatio facit periculum proxenetae, cujus maxime interest, si praesumitur, rem vendendam estimatam esse, & vix videtur rogatoris fuisse, nisi in ejus commodum primario verteretur. Sic posuimus, me rem venalem habuisse, idque scivisse Titum, negotiandi studio alias detentum. Jam Titius rem istam libenter emisset, spe forte fretus, fore, ut istam majorem venderet, & sic aliquid lucrari faceret. Verum, cum pecuniam paratam non haberet, & praeterea occasionem, eam rem plus vendendi se habere, existimaret, rogavit me, ut illam rem, quam venalem habui, sibi traderem. Ego rem ipsi dedi sub hoc expresso pacto, ut pro ea vel 100. fl. pro pretio ferat, vel rem incorruptam restituat. Titius rem accipit, sed, quem credidit empturum, non emit, & interea res furto ablata est. Hoc in casu periculum spectat ad Titum, ex Ratione, & Lege allegata. II. casu periculum spectat ad dominum d. l. 17. §. 1. id quod, utilitas primario subsiste, censeatur. Quod si verò de Rogatione non appareat, in dubio periculum spectabit ad dominum; ita tamen, ut proxeneta dolens, laetans, & licet culpam, praestet, d. l. 17. §. 1. Brunnem. in d. l. 1. §. 1. Barboz. ad Transl. vol. 1. disp. 30. lit. E. Vide etiam Sibanb. Inst. hic. Zos. ff. de *asynas. ad.* & Harp. n. 92.

Ex dictis jam facile colliges, quid sit actio praescriptis verbis estimatoria, nimirum actio crediti, bona fidei, quae datur ei, qui rem, estimatione facta, alteri vendendam dedit, ejusque heredi, adversus eum, qui accepit, heredesque ejus, ut vel res restituatur, vel estimatio praestetur, Syrov. loc. cit. lib. 8. per tot.

DE ACTIONE PRESCRIPTIS VERBIS  
EX PERMUTATIONE.

180 Casus: habeo libros Theologicos, de quibus, cum tuo corpore Juris glossato permutandis, inter nos conventum est. Ego ex parte mea conventioni steti, librosque Theologicos tibi quantocyus tradidi: tu vero, licet à me aliquantisper amice interpellatus, Corporis Juris glossatum tradere mihi reculas. Q. *quomodo in hi contra te prospectus, consulit ut sit P. & R.* quod mihi adversus te competat actio prescriptis verbis ex Permutatione. Quam eleganter descriptus, quod sit actio personalis, civilis, bonae fidei, competens ei, qui rem certam animo permutandi dedit, ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur, aut rei tradita restituatur, ut denique id, quod interest, praestet. *Mantz. Inst. lib. n. 7.*

Dixi t personalis, quia descendit ex contractu innominato, puta, do, ut des seu Permutatione, quæ contractus est vetustissimus, & omnium primus. *Oldendorp. Cl. 4. ad. 37. p. 12. 737.* ubi observa. Nonnullus magnopere invicem altercare, num contractus innominatus do, ut des, à permutatione differat? ita, ut aliqui existiment, in eo differre, quod permutatio tunc fieri dicatur, quando certe rerum species commutantur cum certis speciebus, veluti, si do tibi *meum equum*, ut tu mihi *des tuum*. Contra verò contractus do, ut des tunc celebrari dicitur, si *genus cum specie commutetur*, v. g. si do tibi *equum*, ut des mihi *frumentum*; vel, si do tibi *vinum*, ut des mihi *frumentum*. *Mantz. n. 12. Zof. ff. de permut. n. 4. Harp. n. 85.* Verum ne de lana caprina otiose contendas, dic, permutationem, & contractum innominatum

do, ut des, reipsa non differre, cum nemo tam incurius presumatur, qui hunc contractum inear, n. sciens, quid recepturus sit. *Schub. & Vult. hic.*

Dixi II *in, quem rem dedit*, permutatio enim solo consensu non contrahitur, sed rei interventu, ita, ut prius non producat actionem, quam res ex una parte data sit, l. 3. *Cod. de re. permut. Brunem. ibid.* In quo differt permutatio ab emptione venditione, quæ solo consensu perficitur. *Mantz. n. 11.*

Dixi III *ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur; aut res tradita restituatur; aut denique id, quod interest, praestet.* Ubi, impense velim, observet: Quod in praefixo casu in meo positum sit arbitrio. & libera voluntate, num. postquam mea ex parte contractum adimplevi, adversus te agere velim ad hoc, ut & tu ex tua parte contractum impleas, quo in casu actio prescriptis verbis mihi competit: num verò prenitere velim, ita, ut malim, libros Theologicos mihi restitui, quam ex tua parte contractum adimpleri. & possum variare meam petitionem, atque petere, ut libri Theologici, tibi jam traditi, mihi restituantur, quo in casu mihi competeret condictio *causa data, causa non secuta d. 1. ff. de condit. caus. dat. caus. non secuta. Zof. ibid.* Ratio hujus est, quia in contr. Actibus inominatis locus est poenitentiae ex parte illius, qui implevit contractum, l. *Si poenitent. ff. d. l. Oldendorp. loc. cit. fol. 741.* Dixi: *ex parte illius, qui implevit contractum*, alter enim, etsi vel maxime deinde vellet adimplere contractum, non teneris amplius rem recipere, cum mora sua cuique noceat. *Mantz. n. 40. Wetsch. in parat. ff. de transact. n. 7.* Quod pulchre facit *L. plim. Cod. de re. permut. & Brunem. ibid.* Porro, sicuti

in electione est illius, qui ex sua parte contractum implevit, agere ad hoc, ut ex altera parte etiam impleatur; vel, ut res tradita restituatur, & sic à contractu discedatur, ita quoque is, qui non implevit traditione permutationem, non tenetur præciso, tradendo rem conveniam, implere contractum, sed, præstando interesse, se liberare poterit, l. 4. Cod. d. s. Brunn. *ibid.* n. 4. & Bartol. in l. ult. Cod. *ead.*

## DE PETITIONE HEREDITATIS.

- 182 *Casus*: Titius decessit ab intestato, & ego sum proximus illi us Agnatus, ita ut conjunctione sanguinis me nullus antecedit. Vel: Titius fecit testamentum, & me in illo hereditatem scripsit. Ego hereditatem adivi, & me heredem declaravi. Interum Caius totam hereditatem, vel ejus partem, vel rem aliquam hereditariam occupavit, & ut mihi eam restitueret, amicum requisivimus, retractat. *Q. quomodo mihi consultum sit?* R. quod detur mihi actio, quæ vocatur *petitio hereditaria*, quæ peto, me declarari heredem, & Caium condemnari ad id quod possidet, mihi unâ cum fructibus restituendum. *Nanz. luyt. loc. n. 3.*

- 183 Unde definitur petitio hereditatis: quod sit *actio in rem universalis bona fidei, quæ datur ei, qui vel ex testamento, vel ab intestato heres est, adversum eum, qui pro herede vel pro possessore rem hereditariam possidet, ad hoc, ut declaretur heres Titius, præ defuncti, & Caius condemnatur, ut hereditatem, vel partem ejus, vel rem hereditariam, quam possidet, restituat unâ cum fructibus, & emolumentis*: Oldendorp. *Class. 5. fol. 977.*

- 184 Dixi l. in rem, quia non datur contra eum, qui nobis ex contractu vel delicto obligatus est; sed contra eum, qui rem hereditariam possidet,

quam nobis potius restitui, quod est proprium actionum realium. *Manz. n. 10.* Præterea hoc facit l. 8. ff. de pet. hered. ubi hereditatis petitio vocatur *Vindicatio*; Vindicationes autem sunt omnes actiones reales, §. 15. *luyt. h. s.*

Non obstat, quod per petitionem hereditatis actor petat, sibi dari portio rerum hereditarium, quas possessor detraxit. Vt: alienum, à debitoribus hereditatis exactum, l. 25. §. 15. ff. de pet. hered. petere autem, sibi aliquid dari, hoc est, dominium transferri, proprium sit actionum personalium, in quibus agitur ad dandum, vel faciendum: in realibus vero ad restituendum. Siquidem exinde plus non sequitur, quàm quod petitio hereditatis multas etiam habeat præstationes personales, d. l. 25. §. 18. quapropter in l. 7. Cod. de pet. hered. mixta, & personalis actio vocatur. Inter ea tamen, cum per istam actionem, potissimum ad res hereditarias, restituendas, agatur, recte *suffragatur* hic eandem simpliciter statuit esse realem, cum à potiori fiat denominatio. *Schneid. loc. n. 2. Bach. ad Treucl. vol. 1. disp. 24. tit. 2. Lit. B. Zoef. ff. de pet. hered. n. 3. Struv. Exercit. 20. lib. 5. lib. 3. Thes. 45. Lit. B.*

Dixi l. universalis, quia per eam 185 petitur corpus bonorum, hoc est, universitas, in qua sunt varia jura, & diversæ species, res scilicet corporales, & incorporales, mobiles, & immobiles & cum actiones assimulentur rebus, quam petuntur, sequitur, petitionem hereditatis actionem esse universalem, utpote per quam universitas bonorum petitur. *Wesemb. in parat. de pet. hered. n. 6.*

Non refragatur, quod res, etiam 186 minima, hac actione, petatur, ut minus rectè universalis esse videat.

videtur. Enim verò, qui hanc actionem instituit, non meretur *ius ex re*, quam adversarius habet; sed ex *jure*, quod ipse habet, quale est universale, tam respectu totius hereditatis, quam partium; quo l. enim *ius* obtinet in  *toto*, id & in  *parte* habere, dicitur, l. 76. ff. de R. V. Zosf. loc. cit. num. 5.

- 287 Cui competat? Datur l. *Peturo* heres ditatus illi, qui heres est, vel ex testamento, vel ab intestato, l. 1. ff. de pet. hered. sive per se, sive per aliam, in potestate existentem, puta servum, vel filiumfam. l. 2. § 3. *ind.* item enim est si servus, vel si *uslam* heres scriptus est, ac si pater: vel dominus se ipsum suus, cum Dominus, & servus, pater, & filius pro una, eademque persona habeantur, & omne acquiratur Patri, & Domino, tot. tit. *Inst. per quas pers.* Zosf. ff. de petit. hered. n. 2.

II. Datur pretio hereditatis heredi, l. 3. ff. d. s. ut ecce Titius, heres Sempronii, decedit; & successorem relinquit Cajum; isti Cajo hereditatis petitio competit, sicuti Titio competere, si viveret. Ratio est, quia heres est etiam testati & intestati. l. fin. Cod. de hered. *Inst.* III. Datur hæc actio,

- 288 sive quis sit heres in  *solutus*; sive ex certa  *parte*; dummodo illa pars sit  *quota hereditatis*, non autem  *quota bonorum*. Nam quota hereditatis continet omnia  *iura* &  *passiva*, cum sit pars  *iuris universalis*, & etiam in  *quota hereditatis* petit se aliquis heredem declarari. Sane, qui  *quotam bonorum* habet, petitio hereditatis ei non competit, quia talis habetur instar legatarii; legatarius autem, pro consequendo legato, non habet petitionem hereditatis; sed actionem ex  *testamento*, vel  *rei venditionis*, vel

actionem  *hypothecariam*, l. 1. ff. de leg. 1. IV. Datur hæc actio emptori hereditatis, non quidem  *dicitur*; quia, qui emptam, aut donatam hereditatem possidet, eam  *tutò universali* non possidet, sed  *singulari*, id est, ex conventionione partium, quæ conventio hereditatem non facit, l. 3. Cod. de pass.  *couvent* sed  *utilis* datur hereditatis emptori, l. 5. Cod. de hered. vend. his verbis:  *quantum utilis etiam adversus debitores hereditarios actiones emptoris tribui solent*. Zosf. ff. de hered. pet. n. 12. Schneid. n. 15. prædicta non sic intelligas, necesse est, ut emptor habeat petitionem hereditatis contra possessores rerum hereditarium: non autem contra venditorem; quia contra eum actio personalis ex emptio locum habet. Schneid. loc. cit.

Contra quem competat? Datur hæc 150 actio l. contra possidentem pro herede, l. 9. § 1. 10. ff. de hered. pet. Quis ille dicitur, qui asserit, & conatundit, se heredem esse, cum tamen ia rei veritate non sit. Nec refert, utrum bonæ fidei putet; se esse heredem, an mala fide se heredem asserat? d. l. 11. ff. eod. Schneid. n. 18. II. Datur contra possidentem pro possessori, quis ille dicitur, qui nullam  *iussum* vel  *coloratam* causam possidendi habet, & qui interrogatus, cur possideat? nullam possessionis suæ causam reddere potest, sed simpliciter  *R.* quia possideo, l. pro herede. 11. §. fin. ff. eod. l. 7. Cod. eod. Id genus sunt  *prodos*,  *fur*,  *raptor*, & qui ibet alius  *malæ fidei* possessor.  *Marz.* n. 35. Idem est, si quis allegat  *iussum*, sed  *invalidum*, v. g. titulum pro  *emptore*, si sit res empti à  *furioso*; pro  *donato*, si res  *uxori* à marito donata sit; pro  *dote*, si à minore 12. annis, nupta mihi, sciens dotem accepi; nam quoties minor

minor 12. annis nubet. matrimonium non est, consequenter nec proprius esse censetur, utpote quæ non datur sine matrimonio, l. 3. ff. de foredor. tales ergo pro possidente, seu pro possessore habentur, per Text. apert. l. 13. §. 1. ff. de hered. pet. Zief. numer. 17.

191 *Dices:* nemo cogitur possessionis suæ titulum allegare, l. 11. Cod. de hered. pet. & quidem ex ista ratione, quia valde in civile foret, reum ad suum incommodum, & actoris commodum ad hoc cogi posse, ut daret arma actori contra se ipsum, l. 7. Cod. de test. ergo, conventus petitione hereditatis, Titulum allegare non tenetur. & antea- ced regulariter verum esse, limitationem tamen poni in hereditatis petitione, quæ conventus tenetur dicere titulum suæ possessionis, & ad hoc per Judicem compelli potest. Ratio est. ne Judicium reddatur elusorium &, ut scatur, poteritve reus hac actione conveniri? nam (ut d. c. inus infra) hæc actio contra titulum iusto possidentem non datur. Neque Reo, id durum esse, videatur, quod videlicet, conventus petitione hereditatis, teneatur edere titulum suæ possessionis, quia, si justam causam allegaverit, hanc actionem à se avertet. Zoef. ff. h. t. num. 17. Manz. num. 71. Et quidem ista exceptio, se possidere cum titulo, ex communiori opinione peremptoria est, ita ut etiam post litem contestatam usque ad sententiam opponi possit; quo tamen casu reus condemnatur actori in expensas Schneid. n. 33. Et n. 35.

Illud in dubium rapitur, an hæc litis petitio detur contra titulum possidentem, v. g. an, qui bona fide rem possidet ex ampto donato, legito, aut, &c. tenetur hac actione, puta, peti-

tione hereditatis? Parte affirmativa evincere videtur text. l. 13. ff. de pet. hered. ubi (utiles saltem) petitio hereditatis contra eum, qui titulo singulari possidet, dari assentur.

Verum negatus (ut ut oggiant 192 aliqui Neoterici) communis est Teste Barb. lib. 11. cap. 4. Zoef. ff. h. t. num. 18. Schneid. num. 20. Manz. num. 36. & Cretile P. 2. Q. 15. Probatum unicà, sed solida hac ratione, quin ad hoc, ut actor vincat reum, debet se fundare in Jure potentiori, quàm reus; alias in pari causa melior est conditio possidentis, cap. 65. de R. J. in 6. sed in petitioni hereditatis actor principaliter se fundat ex suo titulo, & habet titulum unum, scilicet quoddam hæres sit; qui tamen non est verus titulus, aliàs non daretur hæc actio contra possidentem pro hærede, sed qualitas quædam. Reus verò conventus habet duplex Jus, Titulum scilicet emptionis, & possessionis, utroqueque per titulum habet, ac hæres, &, cum simul quocumque possessionem habeat, subintrat regula, quoddam in pari causa melior sit conditio possidentis, d. cap. 95.

Confirmatur per l. 2. Cod. de pet. hered. ubi dicitur emptor autem, qui propriis movens possessionis titulus est, etiam singularium rerum Jure convenitur, ergo conventi debet actio in singulari.

Ad l. l. 13. Et 14. & ibi poni limitationem ad nostram sententiam, videlicet in duobus casibus contra emptorem hereditatis hanc actionem dari, I. si modico pretio emerit. II. si hæredi contra venditorem consultum non sit, fortè quia abest, vel solvendo non est. Schneid. n. 26. Manet proinde vera Conclusio, contra titulo possidentem petitionem hereditatis non dari.

193 Sed Q. quam ergò hæres actionem habeat? *§. rei vindicationem, l. 4. Cod. in. quib. caus. cessat. long. temp. prescript.* Ratio, quia hæres per additionem hereditatis sit dominus hereditatis, ut proinde actionem rei vindicatoriam jure intenter; quæ tamen actio nisi difficilior est, quam hereditatis petitio, eo quod in hac sufficiat probare, se esse heredem, & res petitas tempore mortis apud defunctum fuisse. In illa verò actor rei dominium probare tenetur, cujus probatio, quam ardua sit, & difficilis, nemo est, qui nesciat. *Schneid. n. 22.*

Dices: neque rei vindicatio contra possidentem datur, quia æquè reus exceptivè diceret: ego cum titulo possideo; & licet tu actor te fundes quoque in titulo, puta, in dominio; tamen ego præter titulum habeo etiam possessionem, ergò ego sum potior, quia in pari causa &c. *Resp. neg.* esse parem causam actoris, & rei, qui enim se fundat in dominio, & illud probat, majus, & potentius Jus habet, quàm ille, qui solum nititur titulo, & possessione; potuit enim esse, titulum non fuisse translativum domini, quia tradens dominus non erat. Ita *Schneid. n. 23.*

194 Qua requirantur? A parte actoris duo requiruntur I. ut sit hæres defuncti, de cujus hereditate agitur, sive fuerit hæres institutus in testamento, sive ab intestato succedat defuncto, *l. 1. ff. b. r. t.* III. Ut nunquam adhuc habuerit possessionem rerum, pro quibus hanc actionem intenter. Unde si rerum hereditariarum possessionem jam semel consecutus est, & ex post facto possessione cecidit; non amplius petitionem hereditatis, sed rei vindicationem habet, estque ratio, quia hæres, qui consecutus est possessio-

*Idem ad Justinianum,*

nem rei hereditariæ jam est dominus ejus effectus, ita, non amplius datur res hereditaria, sed propria ipsius heredis, *l. 1. §. 15. ff. de acquir. poss.* In petitione autem hereditatis non veniunt res propriæ, sed hereditariæ, *l. 16. §. Non solum ff. b. r. t.* *Schneid. n. 58.*

A parte rei etiam duo desiderantur. I. Ut rem hereditariam possideat II. Ut eam possideat pro herede, vel pro possessore, quia hæc actio non datur contra titulò possidentem, ut mox ante demonstratum.

III. Denique requiritur, ut res tempore mortis vel in possessione vel detentione defuncti fuerint, nulla facta distinctione, an earum dominus fuerit, nec ne? quia & res commostrate, de posita &c. in hanc actionem veniunt, *l. 8. ff. Commod. estque ratio;* quòd periculum ad heredem spectet. *Schneid. n. 60.*

Ad quid competat? Datur petitio hereditatis ad hoc, ut declararetur hæres, & ut hereditas ipsi restitueretur unà cum fructibus, *Manz. n. 52.* qui autem, & quales fructus restitui debeant? collige ex *Scriptis ad §. 35. Inst. de R. D.*

§. F U R A T 29.

Materiam aggredior utiliori, & quotidianam & per consequens studiò, & sedulitate dignam, ubi præliminariter noto, olim tam marito pro dote promissa consequenda, quàm uxori pro dote datà repetenda duas actiones competisse, actionem scilicet ex stipulatu, quando stipulatio erat interposita; & rei uxoriæ actionem. Verum, *Justinianus* rei uxoriæ actionem sustulit; & quidquid plus Juris erat in rei uxoriæ actione, transiit in actionem ex stipulatu, ita ut pro dote una dun-

N n n n taxat

taxat actio ex stipulato competeret. Cujus actionis naturam priusquam discutiamus, non abs re erit, illa privilegia, quæ *Jus mariti* huic actioni ex stipulato pro dote annexuit, enumerare.

Quod IV. 100. *Quæritur*. I. est, quod actio ex stipulato pro dote sive consequenda, sive reperenda sit bonæ fidei, licet aliis actio ex stipulato sit stricti Juris, arg. §. 28. *Infl. b. ta* Estque Ratio hujus privilegii, qui, successit ut locum rei uxoris actionis, quæ erat bonæ fidei, surrogatum autem sapie naturam ejus, in cujus locum surrogatur, *l. m. §. Sed etsi 1. Cod. de Rei uxoris. action. Martz. hic.*

II. Privilegium hujus actionis est, quod stipulatio de prestanda & restituenda dote fingatur intervenisse: licet in rei veritate non jam intervenierit. Quod privilegium parum utilitatis habere mihi videtur, cum etiam nudum pactum sufficiat, hoc enim habet assistentem leges, & producit actionem pro dote, ut actio ex stipulato superflua esse videatur; nisi dicatur, Ideo stipulationem fingi intervenisse, ut magis firmaretur promissio dote, & efficacior actio nascatur, cum aliunde de dote sit firmior ceteris contractibus. *Schneid. num. 23.*

III. Privilegium hujus actionis est Jus tacite hypothecæ, quod uxor habet in bonis mariti pro dote sua, omnia enim bona mariti sunt tacite obligata, & hypothecata oro restitutione dotis, *l. m. §. 1. Cod. d. l. Jure enim civilis maritus (reg. darier) non lucratur dote, etiam si uxor premoriatur; sed, soluta matrimonio dos uxoris, vel hereditibus eius restituenda est, l. 2. ff. solut. matr. & pro tali restitutione dote omnia bona mariti tacite uxori obligata sunt, add. ut *Schneid. n. 32.**

ex Caldo asserat, mortuo marito, uxorem posse propria auctoritate absque licentia Judicis, remanere in detractione domus, quam cum marito vivente inhabitabat, donec scilicet dos restitueretur. Et hoc dictum diligentissimi notare, jubet *Jyon ad hunc §. 29.* Porro, sicuti uxor pro dote Jus tacite hypothecæ habet in bonis mariti; ita, Rotæ versâ, maritus habet Jus tacite hypothecæ in bonis uxoris, pro dote consequendo, *d. l. m. §. 1. Damus ex utroque latere hypothecam. Schneid. n. 44.* Effectus autem hujus privilegii est quod uxor, ratione istius hypothecæ, possit agere actione hypothecaria, etiam contra extraneos possessores rerum ipsius mariti. Sicut enim expressè hypothecata, si alienantur, transeunt cum suo onere, *l. 12. Cod. de distract. pign. ita & tacite obligata. Schneid. n. 34.*

Quæritur, an privilegium tacite hypothecæ sit reale? an personale? *§. 2. c. ff. reale, & per consequens omnibus aliis prodesse, ad quos ista actio ex stipulato pro dote transit.* Imò teste Bartolo tacite hypotheca ad quemcumque transmittitur; etiam si transiret ad Diabolum infernalem res, in dotein data *S. butid. loc. cit.*

Quantum privilegium, quod mulieribus circa actionem dotis concessum est, Jus prælationis, ita ut mulier non solum habeat in bonis mariti tacitam hypothecam, sed etiam Privilegium prælationis, quod præferatur omnibus aliis Creditonibus mariti, etiam anteriora Jura habentibus, contra vulgrem Regulam: prior Tempore, *pactior Jure.* & hoc propter Commiserationem, & Favorem mulierum. Quia enim (nquit Imper. in *l. Affilius 12. Cod. qui pot. in p. hab.*) earum non neglexeris, propter obsequia, quæ mari-

in prestant, propter patris periculum, Et ipsam liberorum procreationem? Concurrunt insuper publicus favor, quia Rei publicæ interest, mulieribus conservari dotes, ut facilius novos maritos acquirant, liberisque civitatem replcant. *Schneid. n. §1. n. §2. sed.*

204 Q. quibus creditoribus mulier, ratione dotis, præferatur? Observa triplicis generis esse creditores. I. Chyrogapharios, quales illi dicuntur, qui tantum habent personalem aliquam obligationem contra personam debitoris, non vero certum aliquod Jus expresse, vel tacite in bonis debitoris. Ii sunt creditores hypothecarii, qui, ultra personalem obligationem, habent etiam bona debitoris, tacite sibi obligata. Sicut bona Tutorum pupillo tacite sunt pro Administratione, Tutelæ obligata. l. 20. Cod. de administ. tut. Item Locatori sunt Conductorum bona, in domum conductam illata, tacite hypothecata, § Serv. Inst. de acq. III. sunt creditores hypothecarii, qui, ultra personalem obligationem debitoris, habent etiam Pignora, & expressas Hypothecas, ut quando debitor expressis verbis obligavit creditori Domum; vel etiam Pignus realiter tradidit. *Schneid. n. §6. n. §7. Zoef. ff. de Privileg. credit. num. 6.* His præmissis sequitur.

*Affertio I* Creditoribus chyrogaphariis mulier quin præferatur, dubium nullum est, d. l. Affid. 12. Cod. qui pot. in pig. & hoc non solum ex privilegio mulierum, sed etiam ex dispositione Juri communis, qua cavetur, ut quilibet, habens Jus reale, præferatur habenti Jus personale, l. 9. Cod. qui pot. in pig. *Sibonh. hic.*

*Affertio II* Mulier præferatur creditoribus hypothecariis, tantam hy-

pothecam habentibus; sive priorem, sive posteriorem, d. l. Affid. 12. estque Ratio, quia non tantum hypothecam habet, sed etiam privilegium prælationis, & sic minus Jus. Dux enim rationes vivunt unam, & duo vincula fortius ligant uno. Unde Jus Prælationis inuile foret, si priorem tacitam Hypothecam habentibus uxor non præferretur, cum ex Jure communi posteriorem tacitam habentibus præferatur. *Mazz. hic.*

Dubitatur, an mulier præferatur Fisci? observa, quod Fiscus in omnibus bonis Creditorum tacitam hypothecam habet, licet non fuerit de pignore conventum, l. 1. & 2. Cod. in quib. caus. tacit. pign. Et ita, ut Fiscus in bonis, post contractum, cum eo initum, quæsitus, cæteris creditoribus, anteriorem tacitam hypothecam habentibus, præferatur, l. 28. ff. de Jure Fisci. dixi post contractum; in bonis enim, ante contractum, cum Fiscus initum, quæsitus debitori, Fiscus non præferatur; sed, prior tempore, erit potior Jure, l. 8. ff. qui pot. in pig. *Hunn. ad Treutl. vol. post. diff. 24. sh. 7. Q. 88.* Jam & respectu tacite hypothecæ mulierem; & Fiscum pari passu ambulare, nec Fiscum præferri mulieri, nec contra; sed qui prior est tempore, est & potior Jure. Et ita docet l. 2. Cod. de privileg. Fisci. *Hunn. loc. cit. 44. Schneid. n. §6.*

Non obstat generalitas Textus lib. 12. Cod. qui pot. in pig. ubi generaliter definitur, mulierem potiora Jura habere contra omnes mariti creditores, & cum hic textus sit correctorius, ac Juri novum inducat, idcirco videtur corrigendum, d. l. 2. Cod. de privileg. Fisci. corrigi & emendari. Non (inquam) hoc obstat; tamen enim verba d. l.



*affidui* 12. sint generalia, atque omnes omnino creditores postponant mulieri; regula tamen ista nova, & correctoria non erit ad exceptiones, eaque, quae singulari nitiuntur privilegio referenda. Nunquam enim leges novae, & correctoriae, quamvis generales, ad ea applicentur, quae speciali, ac singulari privilegio nitiuntur. *Huum. loc. cit.* Dicitur haec una gravi diffidit procedunt.

206 Sed controversitur, *an mulier in bonis mariti praefertur creditoribus*, expressam anteriorem hypothecam habentibus? In negotiorum curiam volant AA. quos inter agmen ducit *Carl. lib. 2. obs. 25. n. 20.* ubi ait: in iudicando ab hac sententia recedendum non esse. *Schmid. inst. inc. n. 58. Covarruv. lib. 1. resol. cap. 7. Neguzant. de pignor. & hypoth. l. 5. memb. 2. num. 1.*

207 *Movetur I.* Hód argumentò: receptum, & jure cautum est, Fiscum, & mulierem pari deambulare passu, hoc est, habere eadem, & paria privilegia, l. 2. *Cod. de privileg. fisci.* atqui fisci non praefertur creditoribus, anteriorum expressam hypothecam habentibus, l. 4. *Cod. qui pot. in pig.* & l. 8. ff. *cod. ergo neque mulier.* Hoc argum. esse insolubile, autumat *Stibard* in l. *Affidui* 12. *Cod. qui pot. in pig.*

*Movetur II.* quia provisio hominibus potior est, quàm provisio legi, & huic cessat, ubi a iustis provisio hominis, l. ult. *Cod. de post. & l. 1. ff. de testam. inst.* quibus locis aperte cautum est, quòd tutela testamentaria excludat tutelam legitimam, & successio ex testamento potius sit, quàm successio ab intestato; atqui creditor natus expressam anteriorem hypothecam habet ex conventionione, & provisione

propria; mulier verò solummodò ex dispositione legis, d. l. *affidui* 12. ergò.

*Movetur III.* Jus, alteri quaesitum, sine facto suo non est auferendum, l. ult. ff. *de post. & l. 11. ff. de R. J.* atqui, habentes hypothecam expressam anteriorem, habent Jus, quaesitum facto suo, ergò, ipsis sine facto suo non est auferendum.

*Movetur IV.* Privilegia, quae à Principe: aut à lege concessa sunt, non debent extendi in praedictum tertii, lib. 4. *Cod. de Emancipat. liber.* ergò mulier non est praefertenda creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus; ne aliàs privilegium, mulieri concessum, in praedictum creditorum extendatur.

*Movetur V.* per l. 29. *Cod. de Jure dot.* ubi *Justinianus* ait, quòd in casu, quo maritus vergit ad inopiam, uxor possit res dotales vindicare, vel à posterioribus creditoribus, vel ab aliis, qui non potiora Jura, NB. *legibus*, habere noscuntur. Ecos *inst.* iste rem posterioribus duntaxat creditoribus, & aliis, qui potiora Jura non habent, hoc est, qui tacitam tantum, sicut mulier, hypothecam habent praefertur statuit; ergò non praefertur creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus.

*Movetur VI.* hoc solido & efficaci argumento, in cit. l. *Affidui* 12. *Cod. qui pot. in pig.* dicitur, mulierem praefertur creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis; ergò mulier praefertur tantum creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; hanc cum duntaxat hypothecam habent ex privilegio legis; expressam verò ex conventionione propria.

*Movetur VII.* hoc (ut sibi blandiantur) *gigantia* ratione, quia (ajunt) multi creditores, qui fortè credide-

rent,

runt, quod per expressam hypothecam tibi optimè providerint, sic contra bonam fidem iniquè deciperentur, quod absurdum foret.

*VIII. & ultimò.* Antagonistæ pro firmanda sententia ponunt casum, in quo (dicunt) dari indissolubilem pignoris controversiam, circumum vitiosum, v. g. *primò* loco concurret *creditor privatus*, habens expressam hypothecam anteriorem. *Secundò* loco concurret *fiscus*, habens ex privilegio legis tacitam hypothecam. *Tertio* loco comparat *mulier* cum *suâ dote*, habens privilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis. Hoc in casu mulier non potest præferri creditori privato, quia creditor privatus præfertur fisco, utpote, cui omnis præfertur, qui habet expressam hypothecam anteriorem. *Barbich. p. 1. Concl. 65. n. 119. & communiter omnes.* Fiscus autem præfertur mulieri, cum qua pari passu procedit, ita ut, prior tempore, sit potior jure; nec una pars alteri præferatur, l. 2. *Cod. privul. ff.* ergò mulier in casu posito non potest præferri privato creditori, cum iste præferatur fisco, qui fiscus præfertur mulieri, ut proinde creditor privatus etiam sit præferendus mulieri, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te, atqui privatus creditor vincit fiscum, ergo etiam mulierem, quam vincit fiscus.

208 His non obstantibus, *affirmativa* mihi longè videtur verisimilior, mulierem videlicet in bonis mariti præferri creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus. Ita seipsum doceat *Zoes. ff. qui pre. in pig. n. 12. Harp. Inst. hic. n. 7. Et 8. Each. lib. 3. cont. 99. Hunn. ad Treutl. vol. poster. disp. 24. th. 7. Q. 43. Bachov.*

*l. cit. lit. B. Barbich. P. 1. conclus. 65. n. 6. Mynsing. cent. 4. abs. 13.*

*Primum* argumentum tale est: clari- 209  
ri, & expediti Juris est, quod is, qui credit alicui ad reſciendam domum, quæ prius alteri expressè fuit hypothecata, tacitam habeat in domo hypothecam, hoc privilegio conjunctam, ut præferatur aliis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, l. *Interdum 5. ff. qui pre. in pig. lib. 1. Lucet. 7. Cod. eod.* Jam verò mulier, ratione dotis, præfertur ei, qui ad reſectionem domus credidit. *Nov. 97. cap. 2. Et 3.* ergò præfertur multò magis creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. 14. §. 3. *ff. de deverb. temp. præscript.*

*Secundum* sic adituo: Ad d. l. *Affiduum 12. Cod. qui pre. in pig. generaliter*, & distinctè asseritur, quod mulier potiora Jura habeat contra, NB. *omnes*, mariti creditores, ergò etiam contra habentes expressam hypothecam anteriorem; alias tantum haberet potiora Jura contra reliquos, ac proinde esset *Justiniano* in faciem contradicere, utpote, qui prælationis privilegium mulieri concessit contra omnes mariti creditores.

*Tertium* argumentum in hoc consistit, quod expressi, & taciti eadem sit virtus, & idem Judicium, l. 3. *ff. Si cert.* præcipue, si sit eadem ratio; atqui mulier præfertur creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus, ergò præferenda etiam erit creditoribus, expressam hypothecam anteriorem habentibus, cum eadem militet ratio. Ideò eam prioribus præferatur, quia (ut ait *text.*) mulier ob servitium, quæ marito præstat

N u n n 3 ob

ob periculum partus, & dolorosam liberorum procreationem, præmia compassionis meretur, & præterea Reipublicæ interest mulieribus conservari dotis; sed hæc ratio æquè militat contra creditores, expressam hypothecam anteriorem habentes, ergò.

*Quartum* desumitur, ex *Nov. 97. cap. 4.* ubi is solus præfertur mulieri, qui in testamento emendat, id est, officium aliquod palatinum ex quo certus erat redditus crediti munitus hypotheca, eam in rem expressam; & probat per instrumentum, ergò. cum hic tantum præferatur mulieri, signum est, quòd alii, expressam hypothecam anteriorem habentes, mulieri non præferantur, casus enim exceptus firmatus firmat regulam.

*Quintum* argumentum, & exiguè notandum, validissimum hoc est; certum est, & indubitatum, quòd clementissimus Imperator *Justinianus* privilegium, mulieribus concessum, voluerit esse plenissimum, & amplissimum; atque, si mulier creditoribus, tacitam hypothecam habentibus, tantum esset præferenda, hoc prælationis mulieri privilegium raro prodesset, & angustissimis terminis concluderetur, sunt enim certi dumtaxat casus, quibus lex tacitam hypothecam induxit, puta locatori in rebus illius, & invecchi in domum conductum; pupillo in rebus tutorum &c. Jam si tunc nemum mulieris privilegium prælationis competeret, si concurrat cum locatore vel pupillo, quis non videt? quis non advertit? quam raro privilegium mulieri esset utile, aut proficuum.

*Argumenta contraria facili conatu proferuntur.* 1. quidem quod attinet, 2. mulierem, & filium tum deum pari passu procedere, & paria

habere Privilegia, ita ut neutra pariteri præferatur, sed, prior tempore, sit potior Jure, quando sunt, & concurrunt soli; secus, si concurrant cum privato, anteriorem hypothecam expressam habente, tunc enim mulier præfertur privato, & consequenter etiam fisco, utpote, cui præfertur privatus. Deinde si mulier, concurrans cum privato, non haberet potiora privilegia, quàm habet fiscus; sequeretur, quòd mulier, habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam hypothecam; siquidem fiscus, habens tacitam hypothecam posteriorem, non præfertur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, prout ipsi adversarii testantur, & id ipsum probat *l. 1. Cod. Rem alienam gerentium*, &c. *§. II.* perpetuum non esse, quòd mulier, & fiscus pari passu deambulant, ex dictis enim patet, & ipsi adversarii admittunt, mulierem præferri creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; cum tamen fiscus illis non præferatur *d. l. 1.* ergò mulier habet potiora Jura, quam fiscus, *Joef. loc. cit.*

*I. l.* Adminiculo distinctionis ruit, Provisio hominis tollit provisionem legis, si provisio legis facta sit in supplementum provisionis hominis, *con.* si provisio legis sit absoluta, & principalis, ita ut lex per se absolvet aliquid statuatur, *neg.* Ecce ideo tutela testamentaria excludit legitimam, & successio ex testamento successionem ab intestato, quia lex induxit tutelam legitimam, & successionem ab intestato tunc, quando quis per testamentum pupillo de tutore: vel sibi de hærede testamentario non providit, atque adeò lex supplet absolute, ut tutela legitima, & successio ab intestato semper

semper locum habeat, sed tantum in eo casu, quo homo non providet; secus est in nostro casu, ubi ex absolute, principaliter, & determinate disponit, ut mulier creditoribus, etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus, praeferatur; nec attendit provisionem hominis, per quam licet creditor acquirat hypothecam, non tamen consequitur ex sua provisione Jus praelationis, hoc enim ex sola legis autoritate competit. Sicuti ergo lex creditori privato, anteriorem hypothecam habenti, dare potuit privilegium praelationis, ita & illud iterum tollere potuit, atque in mulierem transfundere, ut nimirum ista praeferatur ratione dotis, omnibus indistincte creditoribus, concurrente vel maxime favore publico, qui in dote nunquam non eminenter relucet. *l. 1. ff. solut. matr. l. 33. ff. de pub. l. 4. Cod. de primipila*

Ad III. *§. I.* allegatam regulam non procedere, quando concurrat favor publicus, quia versatur in dote, ob publicam vero utilitatem ius alteri quaesitum, sine facto suo auferri potest, ad longum asseruimus in *lib. 2. tit. 1. q. 6. §. II.* etiam illis, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, esse ius aliquod quaesitum; & tamen illis praeferi mulierem, ipsi adversarii concedunt, ergo etiam, non obstante, quod creditor privatus per expressam hypothecam anteriorem habeat ius quaesitum, ipsi tamen praeferenda erit mulier. Adhuc aliter *§. Schamb. Diss. 40.*

IV. exinde convellitur, quod lex nemini dicitur facere injuriam *l. 13. §. 1. ff. de iur. atqui lex tribuit mulieri privilegium praelationis, & l. Aff. dux 12.* ergo. Deinde ista regula: privilegia, a principe concessa non de-

bent extendi in praesudicium tertii, locum non habet, quando cum praesudicio tertii concurret favor publicus, tunc etiam damnum tertii non trahitur in considerationem, *arg. l. 1. §. 2. ff. de R. V.*

V. nec hili, nec pili est, illa enim verba, *qui potius iura habent*: non denotant creditores, expressam anteriorem hypothecam habentes, sed solum in causa primipili, & liberis in dotis maternae ex actione, *l. 4. Cod. de quib. caus. tacit. pign. contrah.* Nos ipsi concolimus, causam primipilarem praeferi mulieri, utpote magis privilegiatam, quam dotem mulieris: Primipilus autem vocatur is, qui annonae, inter milites distribuendae, praeficitur,

VI. magis con quam infirmas nostram sententiam: textus enim ita sancit, ut mulier praefatur creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis, ergo non tantum illis creditoribus, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, sed & illis, qui habent expressam hypothecam anteriorem, praeferenda erit, ex ratione; quia & isti temporis privilegio vallati sunt, puta quod gaudeant prioritate temporis, si cum aliis privatis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, concurrant, quae temporis prioritas non est, nisi privilegium, a lege concessum; quod enim prior tempore sit in hypothecis potior iure, merum est legis privilegium & beneficium, ut proinde sensus sit, mulierem praeferi creditoribus etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, tamen contra reliquos creditores privatos temporis privilegio vallati sint. *Hunn. ad Titul. loc. cit.*

VII. Argum. quod concernit, quod creditores sibi debeant imputare, quod cum marito contraxerint, & prius

prius non diligentius inquisiverint, tantis facultatibus valeat, ut præter dotem mulieris sibi etiam sufficiant *arg. l. 19. ff. de R. J.* vel quod tam diu expectaverint, & sibi de solutione non prospexerint, donec vel dos mulieris privilegio subiceretur, vel mulier eam responderet: vel suis beneficiis renuntiaret. *Berluch. loc. cit.*

Ad VIII & ultimum *§. 1.* aliquos velle *d. l. 2. Cod. de Privileg. fisci*, hodie esse abrogatam per *l. assiduum 12. Cod. qui pos. in pign.* ita ut hodie mulier etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ita *Donel. ad d. l. assiduum 12. num. 3 §. 2.* fisco præferri mulieri, si mulier, & fisco sint soli; secus, si cum privato concurrant; tunc enim mulier præferitur fisco, non ex propria mulieris, sed ex persona primi creditoris expressam anteriorem habentis; juxta illud: si vinco vincentem te, multò magis vinco te. Deinde si mulier, concurrens cum privato non haberet potiora privilegia, quam habet fisco, sequeretur, quod mulier habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam; siquidem fisco, habens tacitam hypothecam anteriorem, non præferatur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, *d. l. 1. Cod. rem alien. gerent. Berluch. part. 1. conclus. 71. num. 8.*

211 Ex hæcenus itaque deductis patet; mulierem inspecto jure communis præferri omnibus indistincte creditoribus, expressam, etiam anteriorem hypothecam habentibus. Dixi: *inspecto jure communis*, secus est de jure Austriaco, secundum quod mulier ratione tacite hypothecæ ipsi competitis, præferatur posterioribus creditoribus, siue tacitam & siue expressam hypothecam ha-

bentibus, non verò, habentibus expressam anteriorem. Ita *Surs in M. S. l. H. V. Heyrath Gus* ubi ait: aliquoties in excello *Regimine* ita judicatum esse.

Q. *an mulieri, Jux prælationis competas in donatione propter nuptias? ita in bonis paraphernalibus.* Certum est, quod mulier, tam in donatione propter nuptias; quam in bonis paraphernalibus, privilegium habeat tacite hypothecæ, *lib. ubi 29. Cod. de Jure d. s. l. fur. Cod. de pact. convent.* Privilegiò autem prælationis in neutro casu gaudet. Non *L. Quia d. l. Assiduum 12.* aperte id negat illis verbis: non enim pro lucro fovemus mulieres; sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, *Schweid. Inst. etc. n. 60.* Non *II.* Quia privilegia singularia, & in Jure exorbitantia; strictè sunt accipienda, nec producenda ad consequentias, *l. 14 ff. de LL. Zoif. ff. de Jure dos. n. 25. Huyn. ad Treutl. vol. post. dyb. 24. ib. Q. 53.*

Dubitatur, *an Privilegium prælationis competas uxori in dote confessata?* *Obscrva*, dotem confessatam illam appellari; quando maritus præbet *instruementum*, vel *cautionem obligationis*, in qua consistetur, se recepisse 1000. in dotem à muliere, & non apparet, illos 1000. si esse numeratos. Hæc dos dicitur *confessata*, vel dos *non numerata*. Ex sicut in litterarum obligatione datur exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium opponende, ita quoque in dote confessata datur exceptio non numeratæ dotis, intra certa tempora opponenda. At quæ sunt illa tempora? Illa nimirum, quæ in *Austriac.* Quod hoc *Cod. de dot. causâ; non numerata.*

Nam si intra biennium, à die matrimonii contracti, morte, vel divortio sel-

solvatur matrimonium, tunc uxori, vel ejus heredibus repetentibus dotem, potest à marito obijci exceptio non numeratæ dots infra annum. Si verò post biennium usque ad decimum annum solvatur matrimonium, tunc intra tres menses hæc exceptio opponi poterit. Sin verò matrimonium, illud ultra 10. annos, tunc huic exceptioni præscriptum est, ita ut dos confecta habeatur pro numerata, d. *Ausb. Schneid. nu. 64. Cuncordat Suttenger. loc. cit. ibi: Die exceptio dots caute, non numeratæ, hat nach 10. Jahren nicht statt.* Quod procedit quoad maritum, secus quoad creditores mariti, quibus consilio mariti non potest præjudicare d. *hincid. num. 65 Ga. n. 2. obs 81. Suttenger. loc. cit. ibi. Es können auch.*

214 Illud adhuc notandum, *donatrum nuptiarum*, hic est, *die Hochzeit-Præsent*, ita ut à parte superstitis hæredibus defuncti medietas sit restituenda, d. *Suttenger loc. cit. H. v. Hochzeit-Præsent.* Huius declaratis, si perest, ut de actione *ex stipulatu pro dote* agamus, quæ in rei uxoria actioni locum surrogata est.

215 *Quid sit actio ex stipulatu pro dote?* Est actio personalis, civilis, bonæ fidei, quæ datur marito adversus uxorem, patrem, vel eum, qui dotem promissit, ad dotem consequendam: vel quæ, solutò matrimonio, datur uxori, heredibusque ejus, adversus maritum, ejusque heredes, ad dotem repetendam.

216 Cui competat? I. Datur marito, pro dote consequenda, siue certa, siue incerta ei dos fuerit promissa, l. *un. Co. de rei ux. act. II.* Datur uxori pro dote, marito data, repetendâ. De jure enim communi, solutò per divorcium, vel mortem uxoris matrimonii, dos non cedit hæredi mariti, hæc ad uxorem.

sed revertitur ad ipsum patrem dotantem, l. *Dos à pat. 4 Cod. solut. mat. ne & filiz amittit*, & pecuniis daturum fertur, l. *6. ff. de jure dot.* vel etiam revertitur ad mulierem, dotem dantem, & ejus hæredes, l. *2. ff. solut. mat. nisi pactum, de lucrandâ dote, intervenient, de quo est tot. tit. Cod. de pact. conv. Manz. num. 14.* tunc enim provisto hominis tollit provisionem legis III. Datur etiam patri, etiam ex ficta stipulatione. Quod procedit, si nomine filiz, & pro filia ut 1; secus enim est, si pater velit pro sua tantum persona agere. Quando enim pater vult restitutionem dotis in suam personam conferre, necesse est, ut per solennem stipulationem expresse hoc faciat, *Schneid. nu. 25. loc. IV.* Datur hæc actio etiam *extraneis personis*, quæ scilicet foemina dotatam non habent in potestate, v. g. *Matri, Fratri*, &c. sed non aliter, nisi expresse stipulati sint, dotem, solutò matrimonio, sibi restitui. *Schneid. n. 78. Manz. n. 2.*

Contra quem competat? I. Datur 217 marito contra uxorem, quæ dotem dare promissit, l. *33. ff. de jure dot. II.* Contra partem uxoris, seu socerum d. l. *33. III.* Contra heredes soceri, l. *2. Cod. de dot. prom. ff. IV.* Etiam contra extraneum, qui dotem dare promissit, d. l. *33. V.* Datur uxori contra maritum, ejusque hæredes pro dote restituenda, & hoc procedit, si Matrimonium, vel per divorcium, cui maritus culpâ suâ fortè causam dedit (quo casu uxor repetit dotem, & lucratur donatorem propter nuptias, l. *8. §. 7. Cod. de repud.*) vel per mortem mariti, ante enim Matrimonium solutum ista actio non datur, estque ratio quia durante causâ dote, cura, dâs; sed, durante matrimonio

durat causa dotis scilicet onere matrimonii, ergo etiam durat dos. *Manz. n. 27. Luminantur D. Sta.* nisi maritus verperet ad inopiam, tunc enim, quia periculum in mora est, ante tempus matrimonii l. l. i. pro dote restituenda, a. i. potest, *per text. express. l. ubi autem 29. Ord. de jure dot. Ratio, ne periclitetur mulier. Ala ex. nu. 23. § 1. n. 100.*

*§ 1. de jure tenentis* ¶ I. Dotare patrem tenetur pater, id est, ut officio Judicis compelli possit, *l. fin. Cod. de dot. promiss.* paternum enim est officium, dotem dare pro sua progenie. Dicta ampliantur. I. Ut, si pater esset absens, Judex ex suo officio de bonis paternis possit si ex constitutere dotem, ne perdat tempus nubendi sub expectatione patris, *l. §. 4. ff. de jure dot. Zoes. de jure dot. n. 5.*

219

Q. An teneatur pater dotare filiam, quia si eam consensu nupsit? Certum est de jure civile, non teneri, elique ratio, quia de hoc jure matrimonium, sine consensu patris contractum, est nullum, §. *gen. l. i. de nup.* atque, ubi matrimonium non valet, ibi nec dos constitui potest, quia matrimonium potest quidem consistere sine dote; dos autem sine matrimonio consistere non potest; & ibi non est matrimonium, ibi nec dos esse poterit, *l. fin. Cod. de donat. l. 3. ff. de jure dot. Hum. ad. Trent. vol. 2. disp. l. 24. th. 2. Q. 13.* Verum etiam de jure Canonico consensus patris ad nuptias non de necessitate, sed de iurata de h. nuptate requiritur, *can. 17. c. 2. communiter* concluditur, si filia nup. ter i. vero d. 10. patrem à dote praestanda non liberat. *Gloss. in can. 16. caus. 32. Q. 2. secus, si indigno nup. contra h. nuptatem famuliz. S. b. n. 48. d. u. enim, & accubum foret, patrem*

ecce, filie dotem assignare, quæ maritum eligit, *nomen, dignitatem, & totam potestatem suam* deingrantem. Quid si filia 25. annos excederit, & deinde vir, a. i. 25. nup. t. ei propter dote privari non potest, ut proinde præfixa *de ius*, quod filia, nubens infra 25. dote privari possit, intelligatur sub h. c. *limitatur*, nisi 25. annos excederit, hoc enim casu patri potius imputandum venit, qui tanto tempore ibi non dubitavit in matrimonium el. *can. 15. cap. 3. Conjuratur.* Si filia meretrici exheredari potest, *l. 10. C. l. de nup. test.* ergo etiam, licet pater filiam, nubentem indigno, dotare non teneatur, eam tamen dotare tenebatur, si ante 25. annos matrimonio eam non exheredaverit, *S. b. n. d. num. 80. Hum. loc. cit.*

Q. An mater teneatur dotare filiam? 220  
R. breviter, quod non, non enim mater, sed pater est officium dotare filiam, *l. neque Mater Cod. de jure dot.* Sanè si Mater dives sit, Pater autem inops, & illa tenebatur dotare filiam, sicut etiam tunc tenetur alere, *l. Si quis à liberis, §. 4. ff. de agnoscend. lib. Zoes. ff. de jure dot.*

Quid de fratre dicendum? dic breviter, quod sororem dotare non teneatur, eam non fratrem ut, sed paternum sit officium dotare filiis, *d. l. fin.* Quod si soror sit inops, frater autem dives, communiter obtinet, eam compelli posse ad dotandam sororem. I. Quia tenetur frater inopem alere. *Gloss. in 4. ff. de pos. s. l. inc. 11. Per l. cum plures 12. §. pen. ff. de ad. m. p. et rel. Ubi Paulus, & frater hanc quidem, alio patre natam, ut videatur ex necessitate teneri, ad dotandam sororem eamque teneam, argumentum à contrario sensu, *Zoes. n. 16. S. b. n. d. n. 95.**





- 326 *Limitatur*; nisi debitum naturale exceptione peremptoria elidi possit, l. 14. ff. eod. v. g. debeo tibi 100. ex mutuo, tu debet mihi 100. ex nudo pacto, quos tamen per pactum, de non peten. o. remisi. Hoc casu, si agas contra me ex mutuo, non possum petere compensationem. Estque ratio, quia debitum, quod exceptione tollitur, debitum non esse intelligitur, arg. lib. 112. ff. de R. J. si debitum non est, ergo nec in compensationem deduci potest. Harp. num. 6. Schneid. 14. Zaf. ff. b. 1. num. 10. ut pro regula deinceps tuendum sit: *quacunque per exceptionem petiti possunt, in compensationem non veniunt*. Unde fuit, quod debitum civile tantum in compensationem non deducitur, quia semper aliqua exceptio elidatur, proinde in compensationem non deducendum, d. l. 3. §. Si quis autem. ff. de comp. peten. Sanè si exceptio non numeratæ pecuniæ locum amplius non habet, fortè, quia biennium elapsum est, rectè adhuc in compensationem deducitur. Sbb. n. 15. aut si sit tale debitum civile, quod exceptione peti nequit, ut, si non debitor damnatus sit solvere, quia sententia, quæ habetur pro veritate facit haberi pro debito Zof. loc. cit.

In quibus rebus compensatio locum habet II. Possunt compensari res *fungibiles*, scilicet quæ functionem in genere suo recipiunt; quænam autem sunt res, functionem in genere recipientes, diximus supra de mutuo, v. g. Vinum, oleum, triticum &c. II. potest quantitas cum quantitate compensari, v. g. si decem tibi, & tu mihi eandem summam debeas, fit compensatio; & hoc est, quod DD. dicunt: *quantitatis ad quantitatem rectè compensaturum fieri*, ita, ut si sit æqualis, totum debitum

tollatur; si inæqualis, saltem usque ad concurrentem summam. Manz. n. 16. Specie, ad speciem compensari non potest, unde, si debeas mihi equum alium, & ego debeam tibi equum magnum, compensatione uti non possum. Ratio 1 quia in specie cadit probabilitas quædam *affectionis*, quod non sic est in rebus *fungibilibus*, & quantitativis, l. 3. ff. de in lit. perand. II. Non datur compensatio speciei ad quantitatem, veluti, si mihi, petenti à te 10. objiceret compensationem de equo, quem tibi debeo Ratio, quia unum non fungitur vice alterius. Manz. num. 20. III. Non datur compensatio in deposito, Text. luc. Ratio specialitatis est ipsa exuberantia bonæ fidei, habita in Depositarium. Manz. num. 28. Schneid. num. 50.

Quæ requirantur ad Compensationem? 328 I. ut debitum hinc inde sit purum, liquidi enim debiti ad aliquid non fit compensatio, l. fin. Co. l. de compensat. v. g. quod in diem debetur, non potest compensari cum debito puro, l. 7. ff. de compensat. Item, *condemnabile* debitum cum debito puro non compensatur ante extantem conditionem, quia non tantum est *illiquidum*, sed adhuc *dubium*, an debeatur? Schneid. n. 47 Huur. l'ul. 1. disp. 25. sb. 3. q. 21 Illud obstat, quod pro debito liquido etiam illud habeatur, quod brevi liquidari potest, cum, quæ parum distant, mihi distare videantur. Zof. num. 11. l. cit. Schneid. n. 18 II, ut sit *quantitas*, sive res *fungibilis*, quæ pondere, numero, mensura constat. Specie enim cum specie, vel quantitate compensationem result, l. 8. ff. de pignor. act. ex ratione, quod compensatio fit *similis*; alterius autem pro altero solutio invito non fiat, l. 2. §. 1. ff. de R. C. propter *affectionem*, qui

qui in *speciem* probabiliter cadit. *Zanf. m. 12.*

### §. PRÆTEREA. 31.

*Subtilis est, & scabrosa* hujus §. materia, adeo ut *Faber* in ea *Præceptorum* desideret, dicatque, *male se discere, quam docere.*

### CONTINUATIO IN §. ACTIONEM. 28.

229 *Imperator* divisit *Abdiones*, in *bona fides*, & *stricti Juris*. In hoc §. non ponit quidem *novam divisionem*, sed *mutat Membra* quasi sub *divisionem*. Nam inter *actiones* *stricti Juris* aliquæ manent in *puri sui terminis*, id est, *stricti Juris*, ita, ut in eis, *Judex* nihil præcisè facere possit, quam id, quod inter partes *contrahentes dictum*, *convensumque* est; tamen, id fortè æquum esse, judicet. Aliæ autem *stricti Juris* *actiones* sunt, in quibus *Judex* petitionem *actoris* non statim sequitur reumque *convictum* condemnat, sed *sententiam* suspendit, & prius, tanquam *Intercessor*, *benevolus Confusor*, statuit, & æstimat quemadmodum ex *bono & æquo* satis fieri oporteat. *Mang. n. 3.*

Adeoque illæ dicuntur *actiones arbitrariae*, in quibus *Judex* reum *convictum* potest quidem *protinus condemnare*, eò quod *convictus sit*, sed tamen non *protinus* condemnat; & antequam ad *sententiam definitivam* procedat, reum prius *arbitrio suo*, & per *sententiam interlocutoriam* benigne, ac clementer admonet, & *actori* satisfacere jubet, atque postea primum, si *arbitri* ejus satisfacere nolit, *definitivè* condemnat. Ut ecce, *actio rei vindicatoria* est *actio stricti Juris*, quia in §. 28. non enumeratur. Hæc *actio* fit *arbitraria*, ob *contumaciam rei*, rem non *restituens*; hæc enim, quod

*Judex* non statim processit ad *sententiam definitivam*, & rem *condemnavit* ad rem, *Dumtaxat* vero *restituendam*; sed prius etiam *admonuit*, ut rem *restitueret*, & reus *admonitioni* non paruerit. Hoc in casu propter *contumaciam rei*, rem non *restituens*, illa *actio* fit *arbitraria*, qualis, ut diximus, illa est, in qua præcedit *arbitrium Judicis*; siue *admonitio Judicis*, antequam ad *sententiam definitivam* procedat. *Schneid. num. 6. Harp. n. 2.*

Q. I. ex quibus causis *actio* efficiatur *arbitraria*? *Schneid. n. 11.* qui in hac subtili, perplexa, & intricata materia *clarissimus* videtur, id IV. Regulis comprehendere posse ait. Num. I. aliquando *actio stricti Juris* fit *arbitraria*, propter *adjectionem loci*, non quidem ad hunc effectum, ut *juramentum* in *loco* habeam; ut habeatur *ratio interesse* propter *locum*, quod pecunia non fuerit soluta in hoc loco, in quo solutio fieri *promissa* erat, v. g. *promissum mihi* per *stipulationem* solvere 100. *Norimbergæ*, si *promissus* non *objecto illo loco* non possem petere, nisi ista 100. sed, propter *adjectionem loci*, si non solveris *Norimbergæ*, & ego te *conveniam* in hac *Civitate*, *Judex* dicitur *arbitrari* instar *interesse*, quanti mea *interest* illa 100. non esse mihi *Norimbergæ* soluta.

II. Efficitur aliquando *actio arbitraria*, ratione *pæna impositæ*: propter dolum à principio *commissum*, vel metum illatum, ut in *actione*, quod *metus causa*; licet enim inferre *metum* sit contra *bonos mores*, non tamen à principio *punitur*, si *restituatur* id, quod per *metum* *traditum* est, quod in *traditione* *intervenit consensus* ejus, qui *metum* *passus* est, & *coacta voluntas* sit etiam *voluntas*; sed,

si conventus hac actione, jussus à Judice restituere rem, non restituit; licet conventus non intulerit metum; tamen propter hoc accedens superveniens fit arbitraria actio, ut condemnatur Reus ad quadruplum & ita non statim, & originarie ad penam quadrupli datur, sed tunc, si jussui non paruerit.

III Aliquando efficitur actio arbitraria propter interrogationem Judicis, quod vertitur in interrogando. Ut in *l. de actionibus* & Judex potest dominum servum interrogare, an velit resarcire dominum, suo um à servo, vel date servum, pro noxa. Si respondet se servum daturum, & postea non faciat, jam oritur arbitrium Judicis, ut etiam ad totam summam damni dati eum condemnare possit, & ita fit arbitraria propter condemnationis qualitatem, an in *solidum*, vel *noxaliter* fiat?

IV Aliquando efficitur arbitraria propter jussum Judicis, de restituendo, vel exhibendo rem à principio enim & ex natura actionis ignitur Rei vindicationis ad ipsam rem tantum; sed, si conventus, jussus à Judice, restituere rem, & ipse contumaciter recuset, vel propter ipsam contumaciam, ex præsenti si contumaciter non, potest ex debet arbitrio, etiam contra naturam actionis scilicet lues, deservendo aliter iuramentum, & in litem de affectatione. *Huiusmodi* *l. de iud. l. c.*

Q. II Quare actio res datur et efficitur arbitraria? R. Quia in his actionibus Judex, praesens in negotium delinquit, interloquendo arbitratur, quoniam admodum alicui satis fieri debeat, cujus is effectus est, ut, qui Judicis arbitrio paruerit, & satis fecerit intra tempora, ab eo distat, evitet poenam & totam rem praestet. Sin minus? tunc sequitur condemnatio, secundum

rigorem Juris, atque etiam in id, quod alicui interest, & in quantum ab eo juratum fuerit. *Peregr. l. c.*

Q. III An res p. se paucis verbis explicari, quod sit actio arbitraria? R. P. se; an verò ad captum? dubito. Itaque dico, quod actio arbitraria fit illa, in qua ex natura actionis sententia in locum totius praestet de praesentibus. Sive est illa, in qua Judex sententiam definitivam non pronuntiat; prius interloquendo arbitretur, & statuit, quomodo, seu quomodo modum ex bono, & aequo satisfaciendum sit. Cui interloquendi si satis fiat, tamen illam ab, iudice: sin minus, eam contumaciter litigatur. *l. de iud. l. c.*

Uti in exemplo actuum, in hoc 232 §. enumeratum, patet. Quorum prima est actio publiciana, in qua debet prius fieri iudicium inter amicum, antequam agatur a servo; per interloquendum autem jubet Judex, rem restituere alicui; quae si restituitur, absolvitur Reus. Sin minus, severius proceditur, & manus militari res ab eo aufertur. Si verò illam non amplius possideat, sed dolo in se desierit possidere, sequitur gravis illa condemnatio, quam si item alicui juraverit, Judexque actumaverit.

Secunda actio arbitraria est serviana, & quasi serviana; quia in hac Judex praecipit pignori, ut illud restituat; cujus arbitrio, si jussui si paruerit, aut pecuniam creditori solverit, reus absolvitur. Sin minus res manu militari ab eo auferretur. Si dolo malo desierit possidere, tamen ex bono datur, quanti vis licet. In iudice, & non facit. Quae condamnatio cum reus, & servus sit, merito Judex ante delictum am Clementius aliquando arbitrio praestat. *Adm. n. 9.*

Tertia actio arbitraria est actio, quod

quod metus causa, quia in hac Iudex jubet rem, metu extortam, restituere, cujus iustus, si reus paruerit, poenam quadrupli evitat; sin minus, sit condemnatio levior in poenam quadrupli. *Perez. h. p. huc.*

Quarta actio arbitraria est actio de dolo, quia, si is, qui dolo malo circumvenit alium, ad iustum iudicis rem non rediit, sequitur condemnatio, quantum actoris interest, dolo deceptum non fuisse, infamiae notabitur, si verò ante sententiam desinuit rem restituere, evitabit condemnationem, & penam infamiae.

Quinta actio arbitraria est actio de eo, quod certo loco, quia certo loco constituit, se soluturum, conveniri hac, et non potest, et in alio in loco. Cum ergo, non durum, & iniquum esse videtur, si eo Iudex potest patitur arbitrari, & interloqui, ut satis det reus pecunia, ibi solvenda, ubi promissa est. Quod si Iudicis arbitrio reus paruerit, absolutionem consequetur; sin mandis, sententia definitiva ferretur, ut etiam solvat in loco, de quo non est conventum, l. q. § 1. ff. de eo, quod cert. loco. *Mauz. n. 14* ubi adhuc aliter hanc actionem explicat.

Sexta actio arbitraria est actio ad exhibendum, quia hec datur, si interit actoris, rem exhiberi. Quam si ad iustum iudicis restituerit, absolvitur. Sin, minus; sententia Iudicis definitiva condemnabitur, quantum actoris interest, rem exhibitam non esse. *Perez. h. p. huc.*

Septima actio arbitraria est actio noxalis, quae (ut supra audimus) contra dominum competit, quando servus noxam, sive deactum commiserit arbitraria autem est ideo, quia Dominus servi estimationem damni, ab

ipso dati, solvere, vel servum pro noxa debere jubetur; cujus iustus, si paruerit, absolvitur; sin minus, in tantum condemnatur, in quantum Reus in litem juravit. *Mauz. n. 16.*

Enumeravimus supra VII. actiones arbitrarías, inter quas occurrunt actio de dolo, actio de eo, quod certo loco, & actio ad exhibendum, de quibus ex orienti novum est, & hanc modo.

Casus Actoris de dolo. Titius testamentum fecit, in quo me heredem instituit, Sempronius legem supra modum legis Fulciae, h. e. ultra doctram legavit. Sempronius mihi dolo persuasit, hereditatem esse sufficientem, ad integra legata solvenda, & sic suum legatum integrum consecutus est. Postea ego comperi, quod hereditas non sufficiat, quod potuissim detrahere Fulciam. Q. Utrum, si quis actionem habeat contra Sempronium, ad consequendam videndam rem meam? R. de Jure civili nullam, suae enim facilitati imputet, qui facile credit, & se circumveniri patitur. Praetor tamen, aequitate motus, concessit actionem de dolo. *Mauz. n. 4* Circa istam actionem autem ita edixit: quae dolo malo facta esse dicuntur, si de his alia actio non erit, si iusta causa videbitur, iudicium dabo. *Zos. ff. de dol. mal. n. 15.*

Desubi poterit actio de dolo malo, quod sit actio personalis, praetoris, rei persecutoria, sive de Jure, arbitraria, sumosa, quia datur adversus decipientem aliquem dolo malo, causa cognita (si alia actio deficiat) pro consequenda indemnitate. Ita *Mauz. n. 5.*

Dixi I. Personalis, quia descendit ex delicto.

Dixi II. Praetoria, quia descendit ex Edicto praetoris, quod habetur in

in l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. ergone erit tantum *annuus*? olim dabatur anno duplaxat utili; sicut realique prætoriaz actiones; hodie autem durat *biennium* continuu, à die admissi doli numerando, l. fin. Cod. de dol. mal. *Mura.* n. 7. elapso tamen biennio in factum actio superest, l. 28. ff. de dol. mal. *Haren. ad Treutl. vol. I disp. 11 th 7. br. F. ex quo notandum*, quod ista actio intra biennium, & debeat *intentari* & *finiri*, ut, ut, si biennium elapsum sit, tamen ista actio non amplius competat; sed mutetur in actionem, contra l. ult. ff. de fides commiss. *int.* ubi dicitur, quod *litis contestatione* actiones temporales perpetuantur. Singula enim & speciale est, actionem doli litis contestatione non perpetuari. Ratio, quia est *sanctum* Judicium. *Zuef. n. 26.*

Dixi III. *Res persecutoria*, quia datur tantum ad *simplicem*, & sic nullam poenam continet; quod mirum videri potest, cur datus, utpote *grave delictum*, non poena dupli, aut *quadrupli*, coerceatur, instar actionis, quod *metus causa*, aut *furti*. Dic quod in sua quilibet potestate habet, à paucioribus *desipi*; nec *fidei* passim omnibus; at metum *ex ture*, sive *violentiam*, & *furtum*, non est poena quovis. Deinde *dolus* non eam, quàm Vis cum *furto* habet affinitatem, decepto enim volenti, non invito res auferitur; ideoque furti poena non habet locum, *Mura.* n. 13.

Dixi IV. *Sancti juris*, quia in §. 28. non enumeratur.

Dixi V. *Arbitraria*, quia, si rem restituere iussus, non paruit, tantum condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Quid si autem res *perit*? tunc Rem non minus condem-

natur in id, quod vel ris interest l. 28. §. 1. ff. de dol. mal. *Mura.* n. 17. *Zuef. n. 24.*

Dixi VI. *Famula*, l. 1. §. 4. l. 11. ff. de dol. mal. omnia enim *Judicia*, dolum persequentia, infamant, d. l. 1. §. 4.

Dixi VII. *Dolo malo*, dolo enim *bonis*, quo quis, solertia s.a. *Hofstern*, vel *Latronem* circumvenit, hanc actionem non progenerat. l. 1. §. Non fuit. ff. cod.

Dixi VIII. *Causa cognita*, cum enim hæc actio sit tam gravis, ut infamet; non temere indulgenda est: sed, causæ cognitio præcedat, necesse est, l. 9. ff. de dol. malo.

Act, quid venit in causæ cognitionem? *R. duo*, videlicet res, & personæ. Circa rem hoc consideratur, utrum *summa*, de qua agitur, sit *magna*, vel *modica*? Ideo, si *summa* sit *modica* i. e. intra *duos aureos* consistens, non datur l. 9. ff. cod. Ratio, quia de *minimis* non curat Prætor l. 4. ff. de integ. res. & poena debet commensurari delicto; quæ autem comparatio esset inter infamiam, & *duorum aureorum*? Circa personas illud venit in causæ cognitionem, quænam sint illæ personæ, inter quas intentatur? Nam contra *parentes*, vel *Patronos* actio *summa* non datur, l. fin. §. cum autem Cod. de furt. Item *humilis* adversus eum, qui *dignitate* excellit, hac actione experiri non debet, l. 11. ff. cod. Parvendum enim est honestorum virorum exultationi, *Schamb. huc Zuef. cod. n. 17.* Interim *liberi*, & *liberti*, aut *humilis* conditionis personæ actionem *subsidiariam* in *Factum* arripere poterunt, siæque indemnati consulere d. l. 11. ff. de dol. mal.

Dixi

Dixi IX. Si *alia actio deficiat*, impenso enim notandum, quod Actio de dolo malo non alias locum habeat, quam si deficiat alia actio, quocumque illa sit, l. 2. Cod. de dol. mal. Estque ratio, quod ejus modi actionis genus, quo perpetue ignominie nota iniuritur, non debeat Praetore tametsi decerni, habita alia actione, qua quis experiri, & suum consequi potest, i. l. 1. §. sit Praetor. ff. de dol. mal. Zosif. ff. eod. n. 15.

236 Sane ut intelligas, quando actio de dolo competat; discernenda sunt factorum genera. Nam si dolus dederit causam contractui bona fidei, contractus est ipso jure nullus, quemadmodum diximus §. 1. supra de oblig. Q. 4. Unde vel vindicationi, vel conditioni indebiti locus erit. Si autem incidit in contractum bonae fidei, tunc dabitur actio ex eodem contractu, ut damnum refarciatur. Si vero dolus causam dederit contractui stricti iuris, vel in hunc incidit; tunc, cum alia actio non detur, competit actio de dolo, si res sit tradita; si necdum tradita, exceptio doli, l. si quis 36. ff. de P. O. Schamb. hic. habens autem exceptionem doli, non simul agere potest de dolo, l. fin. ff. de dol. mal. Estque ratio, quia per exceptionem doli suae indemnitati sufficienter potest consulere. Quo in casu, utpote habito ordinario remedio, non est excurrendum ad actionem de dolo, utpote remedium subsidarium, & extraordinarium, Humm. ad Treutl. vol. 1. dijh. 11. th. 6. q. 44. Solet etiam dolus extra contractum fieri. Et tunc, si incidat in delictum, speciali nomine signatum, v. g. furtum, rapinam, &c. producit aramariam actionem v. g. furti, vi bonorum raptorum, &c. Quid si autem dolus non producat

*Actus ad Infinitum.*

delictum speciale, ut sunt variae hominum machinationes; tunc necessario recurritur ad hanc actionem, ut si quis daret fraudulentum consilium, l. quod si cum scire, 8. ff. de dol. mal. ita erudite, & solide Schumb. hic.

Dixi X. Pro consequenda indemnitate: haec enim actio ad nihil aliud competit quam, ut Res, dolo malo ablata, vel Interesse restituatur. Praeterea nullam ponam hanc actio persequitur, ita ut ex parte actoris sit more rei persecutoria; sibi enim imputor, quod se tam facile circumveniri passus sit.

Qui & contra quomodo haec actio competit? explicatione non indiget: cuique enim patet, dari decepto contra deceptum, non ejus heredes, nisi quatenus ad eos pervenit, l. si plures §. 1. ff. de dol. mal. Zosif. ff. eod. de Schamb. hic.

Causa de actione de eo, quod certo loco. Mutuos Sempronio dedi 100. fl. sub isto pacto: ut eos mihi Monachis in proximis nundinis praeteritis redderet. Sempronius tempore determinato Monachium non venit. Et sic: non potui meos 100. fl. consequi, quos si habuissem, potuissem consequi, & promovere aliquam utilitatem, vel damnum aliquod à me avertare. Nunc autem deprehendi ipsum Sempronium Ingolstadt. Q. Utrum eo loco possim eum convenire? Dixeris quod non, quia plus loco poterem, §. si quis 33. infra h. t. qualis non auditur in Judicio, imo olim causa cadebat. Deinde interesse etiam videtur, me pretere non posse, quia mihi datur conditio certi ex mutuo, quae actio est stricti iuris: non involvens, nisi ea, quae inter partes dicta, & conventa sunt.

Verum, quia contingere potest, P p p p ut

ut Sempromius nunquam Monachium veniat, vel data operi, vel aliunde impeditus, & sic ego ex facto ipsius damnum sentirem, idcirco Prætor mihi concessit istam actionem, quo alio loco debitorem meum convenire possum.

- 238 *Definitur autem ista actio, quod certo loco, quod sit actio stricti Juris, arbitraria, quis petimus alio in loco, quam conventum est, id, quod nobis debetur, salvo interesse vicini, alteriusve partis.*

Dixi I. *stricti juris*: Ratio, quæ in §. 28. non enumeratur. Ratio alia, quia adjectio loci tunc tantum actionem efficit arbitriariam, quando opponitur obligationi *stricti Juris*: non verò, quando adijcitur obligationi bonæ fidei. Nam si adjectio loci fiat in obligatione bonæ fidei, tunc actio non fit arbitraria; sed aliunde ex natura sua liberam Judicii potestatem Juris tribuunt, ex æquo, & bono judicandi. Ut proinde actione arbitraria opus non habeat. *Manz. n. 9.* Dixi II. *arbitraria*: rationem jam supra dedimus. Dixi III. *alio in loco*, quia, si quis petat in illo ipso loco, in quem solutio collata fuit, actio manet in terminis stricti Juris, & non est opus arbitrio Judicis. *Manz. n. 11.* Dixi IV. *salvo interesse vicini, alteriusve partis*. Ratio, quia arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam Actoris, quam Rei. Quod si Rei interest, minoris sit pecuniæ condemnatio, quam pretium sit. Sin Actoris, majoris pecuniæ condemnatio fiet. l. 2. ff. de eo quod certo loc. *Zosf. eod. n. 7.*

- 239 *Casus de actione ad exhibendum: Titius mihi per furtum subtraxit aliquot vestes, quarum unam; quod Cæsus emerit, audiui. Cum tamen*

adhuc dubitarem de veritate: nam mea vestis sit, nec ne: Petii, illam vestem mihi exhiberi, ac ejus inspiciendæ copiam fieri. Cæsus id recusavit. Q. quomodo mihi consultum sit? R. Per actionem ad exhibendum, quæ oppositæ describitur, quod sit actio civilis, personalis, in rem scripta, arbitraria, quæ competat ei, cujus interest pecuniariter, sibi rem mobilem exhiberi, adversus possidentem (licet naturaliter tantum) quæ copiam exhibendi habet, ut rem mobilem exhibeat, ut postea experiendi copia fiat.

Dixi I. *civilis*, quia de Prætoris Jurisdictione nulla sit huius actionis mentio. *Schamb. hic.* Dixi II. *personalis*, quia per eam actor non petit rem aliquam, aut Jus aliquod in re sibi restitui; sed petit ut reus aut rem inspiciendam exhibeat, aut solvas, quanti ea res erit, quod proprium est actionum personalium. *Manz. n. 14.* Dixi III. *in rem scripta*, quia, tametsi sui origine personalis sit; tamen, quia nihil aliud quam res exhiberi petitur, adversus quemcunque possessorem competit. Dixi IV. *arbitraria*, rationem supra allegavimus. Dixi V. *competat ei, cujus interest pecuniariter*; quia non tantum competit domino, sed etiam ei: cujus ex quascunque causâ civili, & pecuniaria interest, rem exhiberi non affectu tenus, l. *plumb.* a ubi petens exhiberi libros, quicum eos legisset, doctior & melior fururus esset, non auditur. *Schamb. hic. Zosf. ff. ad exhib.* Dixi VI. *adversus possessorem*: sic & creditor, cui res pignori data est, hac actione rectè convenitur, l. 3. §. *fin. ff. ad exhib.* *Manz. num. 24.* Dixi VII. *ut rem mobilem exhibeat, ut postea fiat, experiendi copia*: hæc enim actio est præparatoria ad aliam actionem.

actionem in rem, vel etiam in perso-  
nam, l. 1. Cod. *cod. interest enim*, sci-  
re prius, num res sua sit: ne frustra  
actionem intente.

### §. CURARE 32.

Faciunt hic aliam adhuc *distinctionem*  
actionum: scil. quod alie sint, qui-  
bus certum; alie, quibus incertum  
quid petitur. Certum dicitur peti,  
quando ex *libello* apparet, *quid? quo-  
de? quantumve* sit id, quod in iude-  
cium deductum est? v. g. in *Mentis*,  
*commodato*, *deposito*, &c. Incertum,  
quando id non apparet: ut, si quis  
petat *hereditatis petitionem* rem *universa-  
lem*, scil. *hereditatem*; si actione  
*tutela*, *negotorum gestorum*, *pro socio*:  
rem generalem: scil. reddidi in *gene-  
re* rationes *tutela gestorum*, *negotio-  
rum*, *societatis* &c. Item, incertum  
peti dicitur, si *alternativè* quid petat-  
ur. Sed, si tales actiones intanten-  
tur, quale est officium *Judicis*, &  
in quo consistit illud. *¶* ex *textu*.  
quod curare debeat, ut omnino,  
quantum possibile est, certæ pecuniæ,  
vel rei sententiam ferat, etiam si de  
incerta re apud eum actum sit. Adeo-  
que *regula* quasi ponitur, quod senten-  
tia debeat esse certa, *Schneid. num. 22*.  
Ratio, quia sententia debet impone-  
re finem liti, & controversiæ: sed si  
sententia sit incerta, *ambigua* & *abs-  
cura*, finem liti non imponit; sed  
litem ferit ex lite, contra l. 3. *Cod. de fruct. & lit. expens.* ergo. *Manz. n. 2.* qui ex his *inferit*, quod talis  
sententia non valeat; omnem *debiti*  
quantitatem cum *usura* solvat.

Diximus autem L. etiam si de in-  
certa quantitate actum sit, v. g. si quis  
agit ad intercessu, licet hæc quantitas  
incerta sit, *Judex* tamen, illam ca-  
sando, certum debet ferre sententiam,

*Schneid. hic*. Diximus II. quantum  
possibile est: non enim *regula* est,  
quæ suam non patiat exceptionem;  
subinde enim *Judici* possibile non est  
certam ferre sententiam. Scilicet in  
noxalibus actionibus incerta sententia,  
ut vel damnum refarciat, vel servum  
noxæ det, admittitur. Quamvis ad re-  
farcitionem damni condemnare possit;  
cum facultas noxæ dedendi à lege sit,  
l. 6. §. 1. ff. *de re judicata*. II. In  
actionibus universalibus, quibus peti-  
tur corpus totius hereditatis cum  
*augmento*, & *decremento*, ut est *her-  
editas*. Sicut itaque in his actioni-  
bus, v. g. *petitione hereditatis*, *fami-  
liæ - hercundæ* &c. petitio: ita &  
sententia incerta esse potest, ratione  
rerum universalium. quæ deinde in  
executione specificantur. *Manz. n. 20.*  
III. In actionibus generalibus, v. g.  
*tutela*, *pro socio negotiorum gestorum*  
&c. sufficit enim in his, cum ad diver-  
sas species competat, & varias nego-  
tiationes comprehendat, generaliter  
petere, sibi reddi rationem administra-  
tæ *tutelle*, *societatis*, *negotiorum*  
*gestorum*, &c. IV. In re, *alternati-  
ve* debet, v. g. promisit quis, *equum*,  
vel *bovem*: condemnari talis potest,  
ut *alternativè* horum præstet; est enim  
*electio* penes *debitorem*, l. 75. §. 8. ff.  
*de R. O.* Idem dic, si quid debeat-  
ur in *genere*, & necdum sit facta  
*declaratio* per *debitorem*, v. g. *equum*  
quis promisit; sic tales condemnari  
potest, ut *equum* præstet; qualem  
velit: non vero *Buccephalum* in *specie*,  
quia alias in plus condemnaretur, quam  
promisit. *Manz. n. 34.* V. Admittitur  
etiam in certa sententia, quod *accessio-  
ria*, v. g. peto *fundum cum fructibus*.  
Ubi, sicut *petitum* est incerta, ita  
etiam sententia potest esse incerta; sem-  
per enim inspicendum est, quod est



magis principale, l. 44. ff. de relig. & *sumpt. fun.* modo ergo sententia quoad fundum certa sit, illa quae in consequentiam veniant, non curantur, l. 1. ff. de auct. tut. *Manz. nom. 40. Schneid. n. 16.* ubi plures alias limitationes ponunt.

*Dicitur:* Regulam posuimus, quod sententia debeat esse certa; licet de incerta quantitate actum sit. Item sententia debet esse conformis libello, l. 18. ff. commun. divid. quomodo ergo poterit sententia esse certa, si libellus est incertus? *g.* Sententiam debere esse conformem quoad duo potissimum. I. Quoad rem petitam, ut videlicet Judex de alia re non pronunciet; quam de qua fuit actum, II. Quoad causam, ex qua res petita est, v. g. si quis rem, tanquam sibi donatam, petat, tunc Judex non debet adjudicare ex causa emptiois, vel legati, *Manz. n. 40.* Deinde, ista regula, quod sententia debeat esse conformis libello, universalis non est, fallit enim in variis casibus. I. Si petita sit minor quantitas, ex processu autem appareat, majorem deberi, Judex recte in majorem condemnat. II. Si ipsa res constitatur, debere plus. III. Si Judex reum absolvit. *Schamb. hic.*

### §. SI QUIS AGENS 33.

In hoc §. Imperator monet actorem, ne in libello plus petas, quam debetur, traditque poenam plus petenti. Ubi observa, IV. modis plus peti, *Re, tempore, Loco, Causa* I. Plus petit *Re*, qui scil. majorem quantitatem, quam quae obligatione continetur, additione comprehendit, veluti, si quis pro 10. aureis, qui debentur, 20. petat. II. *Tempore* plus petit, qui,

quod in diem, vel sub conditione debetur, petit ante diem, vel existentem conditionem. III. *Loco plus* petitur, quando quis, quod certo loco sibi dari stipulatus est alio loco petit *pure, i. e.* omitta mentione loci, stipulatione comprehensi; quo casu Judicia erit estimare, quanti debitoris interfit, solvere in loco convento potius, quam alibi IV. *Causa*; qui quod in genere vel alternative debetur, petit in specie; vel ex alternative debito rem certam. Ideo talis plus petere dicitur, quia, cum alias in debito generali, & alternativo, electio sit debitoris, non autem creditoris, hanc illi eripit, suamque hoc modo conditionem meliorem facit: debitoris vero, siue adversarii sui detrimere, quod fieri non debet.

Poenam in plus petentes aliam sinxero Jura vetera, aliam moderna. Olim plus petentes causa cadebant, quae poena posterioribus Imperatoribus rigida nimis visa est, adeoque Imperator Zeno constituit, ut is, qui plus tempore peti, inducias temporis illius, quod conatus antevertere, depicere cogatur: veluti, si uno mense petierit citius, quam petere debuit, expectare cogatur duos menses, & insuper impensis litis reo refundere. Qui vero, re, causa loco plus petit, ex constitutione Iulianiani condemnatur in omne damnationem, quod sua petitione reo intulit; & ista poena usu comprobatur. *Manz. num. 58.*

### §. SI MINUS 34.

Q. hic, quid? si quis minus, quam ad non permissum, libello complexum fuerit? *g.* Imperator, quod talis sine periculo agat: i. e. nihil incommodi sentiant.

sentiat; cum nec causa cadat, nec partem debiti amittat, quam petitione sua complexus non est. Igitur, si, cum ei 10. aurei deberentur, §. sibi dari oportere, intenderit; aut si, cum totum fundus ejus esset, partem domitiam suam esse petierit; non impeditur, reliquum in eodem, vel alio iudicio prosequi; neque enim obstat rei iudicatae exceptio illi agenti poterit, cum de alia re agatur. *Potes. Inst. hic.*

### §. SI QUID ALIUD 35.

- 242 Pro hujus §. intellectu observa, quid sit *emendare*, quid *mutare* libellum? Emendare libellum nihil est aliud, quam aliquid *adijcere*, in eo confusa *dilucidare*, obscura *distingueret*, manente semper *actione*, & libelli *substantia*. Mutare libellum est, *omissa* priori actione, *aliam* instituere vel manente *priori* actione, *aliam* rem petere. Ut ecce, peto à te *catenam* auream ex causa *depositi*; postea, *omissa* ista actione, *instuuo* actionem *commodati*. Vel, si ego ex causa *contractus emptoris*, vel *penditionis* servum *Saturnum* à te petam; postea autem asseram, non *Saturnum*, sed *Pamphilum* mihi deberi. In istis duobus casibus dicitur intervenire libelli mutatio. *Schneid.*

243 *mem. 6.*

Q. An, quando, & quouique libelli *emendatio*, aut *mutatio* concessa sit? *§. I.* Ante *litam* contestatam, non tantum libelli *emendationem* permissam esse, estque ratio, quia ante *captum* iudicium parti licet à iudicii limitibus *recedere*; ergo multo magis libellum mutare, vel emendare. *Zosf. ff. de edend. n. 11. §. II.* *Emendationem* libelli non tantum permissam esse ante, sed & *post* *litam* contestatam usque ad

*sententiam*: patet hoc ex *l. 45. ff. de re jud. actorum* verba *emendare*, *tenore* *sententia* *perseverante*, non est *prohibitum*, *Manz. n. 7. concord. Walter de iure consuet. Auct. l. 1. tit. 8. ibi: Welcher Klager . . . i. e. Actor non substantiam libelli mutanti; verum quae in libello proponuntur saltem elucideret volens, sive ante sive post *litam* contestationem, nihil obstat; in enim nihil novi proponit quod aliqui elucidat. *§. III.* *Mutationem* libelli *post* *litam* contestationem non amplius concessam esse. Ita *Schneid. n. 13. loc. Fach. lib. 11. c. 92. concordat* consuetudo *Andriae*, teste *Sutinger obs. 16. ibi: Es geschähebet*, &c. i. e. *Ratio* venit ut quid libellum mutet aut mutandi licentiam petat: Hoc autem in casu, *mutationem* non admittit iudex, nisi quatenus alteri parti *communicatio* non sit *pere* *executionem* *falsa*: sic enim utrique parti licet per *supplicem* libellum iudici *mutationem* proponere, *novamque* *petitionem* concipere, *iudiciumque* *circa* *eam* *petere*: quod quidem indulgere iudex solet, quando non obstat *interesse publicum* vel *patria*. At si facta *executione* *considerandum*, an pari altera *expensae* *tuleris*, vel ipsa fuerit *litam* *contestata*? Si *primus*; tunc debet actor *potenti* *reo* *expensas* *restituere*. In casu *posteriori* *mutatio* libelli, utpote *post* *litam* *contestatam*, non amplius admittitur. Vide etiam *Walter hb. 1. tit. 8. Dissensus* *communis* *D. D. Scholz* ab hac nostra *sententia*; at, de *iure* *communis* *disceptant*, non quod in *praxi* *forense* *obtinet*.*

### §. SUNT PRÆTEREA 36.

Secta actionum *diviso* est, quod 245 quaedam *actiones* sint, quibus *solidum*  
P p p p 3 per-

persequitur, & quædam, quibus non solidum insequimur. In solidum agimus fore in omnibus actionibus, exceptis aliquibus, de quibus hic, & seq. §. In hoc, & seq. §. agit Imperator de iis, qui habent beneficium competentis; sive qui non possunt conveniri in plus quam commode facere possint, i. e. reliquid illis debet, ne egeant, Schamb. hic.

### §. ITEM, SI DE DOTE. 37.

246 Inter illos autem, qui habent beneficium competentis, est I. Maritus. Nam si, soluto matrimonio, mulier: vel ejus pater dotem repetat, maritus non semper in solidum condemnatur; sedatenus, quatenus honeste facere potest, &, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si tantum in facultatibus habeat, ut, salvo honesto victu, dotem integram solvere possit, in solidum condemnatur; sin minus, in tantum, in quantum facere potest. Ratio autem, cur hoc privilegium marito concessum sit, redditur ista, quia Reverentia maritalis, item honor Matrimonii omnino exigit; habere necessitatis rationem. Ex quamvis Imperator in præsentis §. loquantur tantum de muliere, dotem repetente, & de iudicio dotis tantum; sive de actione, quam in §. fuerat. 29. actionem ex stipulatu, de dote repetenda, vocavimus; illud ipsum tamen procedit in aliis quoque personis, Manz. n. 4. Dicta procedunt I. Nisi uxor neque in necessitate sit posita, ut egeat; tunc enim illa erit potior, l. præf. Cod. de servit. & acq. II. Nisi Maritus facto suo omnia delapidaverit, l. 18. §. 1. §. solut. matrim. neque enim favorem meretur, qui culpa sua dampnum pa-

titur. III. Et mortuo, i. e. hoc beneficium, utpote personale, expirat, neque ad heredes transit, d. l. 12. ff. eod. Schamb. hic. Excipiuntur tamen Filii, ex eodem matrimonii doli: his enim idem privilegium specialiter lex concedit, l. 18. §. solut. Matrim. Dicitur eodem matrimonio, unde contra novercam non: dicitur etiam Filii, unde nepotibus non dabitur, quis in privilegiis, filiorum nomine non veniunt nepotes, arg. l. 18. §. de excusat. tut. Schweid. n. 9. Illud etiam notandum, quod sicut marito, ita contra uxori hoc privilegium competit, si, soluto Matrimonio, à matre conveniatur ex contractu, inter ipsam uxorem, & maritum, constante matrimonio, celebrato, l. 17. §. solut. matrim. Statutum enim in uno correlativorum, censetur quoque statutum in alio, l. fin. Cod. de vid. toll. Schamb. hic.

### AD V. PROPTER RETENTIONEM.

Subinde contingere potest, ut maritus sufficientes quidem habeat facultates, & tamen non in totum condemnatur, si de dote restituenda conveniatur. Quod tum maxime contingit, quando Maritus impensas quasdam necessarias in res dotales fecit; tunc enim habet maritus Jus retentionis, h. e. potest manere in rei detentione tam diu, donec ei satisfiat, & impensæ necessariæ restituantur. Vel, si una cum rebus aliis in dotem accepisset etiam pecunias, potest deducere, & toto minus accipere, Ratio hujus retentionis est eadem, quam compensationis; frustra enim sit per plura, quod potest fieri per pauciora, arg.

*arg. l. 1. ff. quod met. cens. Manz. n. 6.* Notarius autem dicitur in *textu*: *Impensas necessarias.* Nam impensas utiles actione mandati repetit, puta, si ex voluntate, actione negotiorum gestorum repeti possunt. *Schneid. man. 16. Schamb. hic.* Voluptaria autem, quatenus facies rerum patitur, sine illius corruptione tolli poterunt. *l. 9. ff. de impens. Manz. n. 22. Et 23.*

### §. SED ET SI QUI 38.

243 In hoc §. recensentur iterum aliquæ personæ, quæ non possunt semper conveniri in solidum, gaudentes beneficio competentie, inter quas relucet alto vertice I. *Parent*, propter duplicem rationem, tum, quia reverentiam liberi parentibus debent, *l. 6. ff. de in Jus vocand.* tum, quia filius tenetur alere patrem agentem, *l. 5. §. 15. de agnos. liber.* Ideo, si filius peteret, patrem in solidum condemnari, hac exceptione repelleretur. *Schneid. hic n. 1.* Et quia appellatione *parentis* non tantum pater, sed etiam *avus* & *proavus*, & omnes majores continentur, ideo *Mater*, *avus*, & *proavus* hoc beneficium datur, *151. ff. de V. O. II. Patronus*, si conveniatur à liberbo, gaudet etiam beneficio competentie, *l. 17. ff. de re jud. III.* Socii invicem habent etiam hoc privilegium *l. 6. ff. pro socio. IV.* Hoc privilegium donatori quoque competit, qui scil. promissit, se donaturum: vel donavit, sed nondum tradidit, & convenitur ad tradendum, ut non teneatur; nisi, in quantum facere potest: ne liberalitas sua ei sit *damnosa*, *Manz. n. 3.*

### §. COMPENSATIONES 39.

*Compensationes quoque opposita ple-*

rumque esserent, ut minus actor non consequatur, quam ei debeat. Nam, si actor vicissim reo aliquid debeat, condemnatio non fit in solidum, sed debitor utitur compensatione proportionate debiti actoris; uti *supra §. 28. diximus.*

### §. CUM NO FINALIS.

Pro hoc §. intelligendo, *notandum*, 249 olim durissimam *penam* statutam fuisse contra debitorem, non solventem *res alienam*; ita, ut eum non tantum vincere, verberare, in carcere conijcere; sed corpus in partes dissecare, & inter creditores, solutionis loco, partiiri licuerit. Verum cum *inhumanum* hoc videretur, inducitur est *beneficium cessionis bonorum*, ut liceret debitoribus bonis credere, i. e. omnia sua bona *demittere* & *concedere* creditoribus, siquæ una vice se à petitione *reus alieni* liberare. De quo est integer *Tit. in ff. de cessione bonor. & Cod. qui bon. ced. poss.* Utilitas autem hujus cessionis est, quod debitor importunitatem carceris, aliasque molestias, quas attenti creditores causare solent, subterfugiat. *l. 1. & 4 Cod. & d. 1. Harp. n. 30.*

Illud autem *observandum*, quod licet cessione bonorum à memoratis *ro- lelliis* liberet, non tamen liberet debitorem à debito, & obligatione, si bona cessa ad debiti solutionem non fufecerint. Sed si post cessionem ad pinguiorem fortunam pervenerit, potest de novo conveniri, *text. hic. sub hoc tamen temperamento*, ut in bonis, post cessionem quæsitis, gaudeat privilegio competentie, *text. hic. Et l. 6. ff. de cess. bon. Manz. n. 10.* Quod est verum, si conveniatur à *prioribus* non vero si à *novis creditoribus*, post *cess.*

concessit: secundum naturam enim est, ut, quem sequuntur *Commoda*, eum sequantur & *Incommoda*, l. 10. ff. de R. J. atqui commodum, & omnis utilitas ex contractu filii, vel servi sequitur patrem, dominumque, ergo, &c. *Manz. num. 4. & seqq.*

#### AD V. ET QUA.

Ne autem verbosa fiat *disputatio*, legibus enim inimica verborum prolixitas, l. 39. §. In *resutatorum*. Cod. de *appel.* cumque eadem fere jura servantur in servis, quæ in filiisfam. dicit hic Imperator, quod sermonem tuum in personam servi. dominique tantum dirigere velit, idem intelligens de filiis, & parentibus, quorum in potestate sunt. Dixi *fere*, quia in quibusdam est *differentia*, de qua §. 7. h. 1.

#### §. SI IGITUR. I.

Prima actio, quæ ex alieno contractu oritur, vocatur actio quod *jussu*, quæ commode *defensori* potest, quod in actio *Prætorie*, *personalis*, quæ datur ei, qui cum *filiosum* vel *servo* contraxit, contra patrem dominumque, cuius *jussu* contractum est *insolidum*, *Harp. n. 1.* Hanc si bene intelligas, casum hujus actionis facile de te poteris efformare, ut superfluum mihi esse videatur, *hinc & seq. ad homibus* Casum præbere. Itaque.

Dixi I. *Prætorie*, quia de *jure civili* ex contractu alterius nemo obligatur.

Dixi II. *personalis*, quia ex contractu datur in personam, sive, quia nascitur ex obligatione.

Dixi III. *qui cum filiosum, vel servo contraxit*, Ratio, quia is, qui ita ex jussu domini cum servo contrahit, fidem domini sequi videtur. *Manz. n. 3.* Ratio alia, quia parum obest, quin ipse contraxisse videatur, qui jussu

fit l. 1. ff. *quod jussu* qui enim facit per alium, ipso scilicet intelligitur, *Schneid. n. 1.*

Dixi IV. *contra patrem, dominumque* Ratio est eadem, quia parum obest, quia ipse contraxisse videatur, qui jussit.

Dixi V. *Cujus jussu contractum est*.

Quia I. *requiritur*, ut hæc actio contra dominum, vel patrem detur, ut ipsi jusserint, vel consensum jussui æquivalentem ostenderint. Unde si servus, vel filiosum, sponte propria contraxit, hæc actio locum non sortitur, *Harp. n. 2.* & in hoc differt hæc actio ab actione de *peculio*, & de *in rem verso*, quæ non requirunt talem consensum, *Manz. num. 34.* II. requiritur, ut *jussu* contractum sit, quod tunc fieri dicitur; si quis mandaverit ei, quem in potestate habet, in hunc enim proprie *jussus* cadit; non etiam in extraneos, his enim *mandasse* dicimur.

Ratio, quia *jubere* possumus etiam *invitos*, *mandare* tantum *volentibus*, adeoque si extraneis *mandatum* fuerit, tunc actio *mandati* competit. *Manz. n. 19.* in *esset* tamen idem est *jussus*, *Mandatum*, & utrumque præcedit *contractum*. Illa tamen *differentia* est, quod omnis quidem, qui *jubes mandare* dicatur *jubere*; *jubeamus* enim hos tantum, qui in nostra potestate sunt; *mandamus* vero *alitis* *Schamb. hic.* Dixi: ad hoc ut actio quod *jussu* competat, requiri, ut *pater*, vel *dominus jussit*; vel *consensum jussui æquivalentem*, ostenderint. Unde, *Sequitur* I. *patrem*, vel *dominum* ex contractu servi, vel filiosum obligari; licet non jussit ab initio; sed postea contractum ratihabuerit, l. 1. §. 1. quod *jussu*, ratio, quia *Ratihabito* retrahitur, & *mandato*, sive *jussu* equiparatur, c. *Ratihabitionem* 10. d. R. J. m. 6. II. Idem dicendum,

*Neque ad Injunctum.*

**Dicitur:** Exercitor navis tenetur ex delicto nautarum, §. 3. *Inst. de oblig. que ex quasi delict. ergo etiam ex contractu eorum. R. con. ant. mag. confeg. disparitas est, quia natura ad contrahendum non sunt constituti, adeoque nulla est causa ex qua exercitor ex eorum contractu obligetur. Secus est, si naturæ delinquant, qui cum exercitor, in culpa esse, intelligitur, quatenus operâ malorum hominum utitur. Cöling. q. 6. ob. 2. *supra* hic.*

**Dixi V. vel Sub-Magistri, l. 1. §. 5. ff. de exercit. a. 2.** quod procedit, siue exercitor sciverit, siue non, a Magistro alium substitutum esse. Ratio generalis est, quia exercitor omnia facta Magistri tenetur præstare, a quoque contrahentes deciperentur. Imò, licet exercitor substitutionem per expressum prohibuerit, tamen tenetur d. l. 1. §. 1. Ratio in *Unitate Navigantium* posita est, quæ requirit, ut exercitor ex generali præpositione teneatur, eò, quod subita navigandi necessitas non patitur penitus deliberandi spatium, *ibid. l. 1. in prin. & §. magistrum ff. de exercit. a. l. 1. ff. b. l. n. 3. Manz. n. 15. 16. 17. & 18.*

**Dixi IV. adversus Exercitorem navis,** ubi tamen *notandum*, contrahentes cum Magistro electionem habere, utrum exercitorem, an Magistrum convenire velint, l. 1. §. *Epl. autem* 17. ff. d. 2. licet enim exercitor tenetur propter præpositionem actione *Prætorio*, ita Magister ex suo contractu directâ civili actione tenetur. *Harp. num. 9.* dummodò Magister sit liber homo, quia servus *civis ter* conveniri non potest. cum standi personam in iudicio non habeat. *Manz. n. 25.* Quod si contra Magistrum experiri nolit? *Exercitorem* actione *relicta* impetit. Ratio 1. quia voluntate, & iussu ipsius præ-

ponentis contractus censetur initus. Ratio II. Quia o *ante Emendationem in contractu* Magistri ad Exercitorem ipse orat; secundum naturam ergo esse videtur, ut ad eum quoque *Onera, actiones, & pericula* pertineant, *arg. l. 10. ff. de R. J. R. a. l. 1.* Quia contrahentes ipsius Exercitoris potius, quàm Magistri *fid. m. securi* sunt, in cujus conditionem inquirere plerumque *presens necessitas* non patitur, *Glette Inst. d. 1. n. 3. Manz. num. 9.*

Ut autem Exercitor hac actione conveniri possit, *desideratur* I. Ex contractu aliquid *debere*. Nam ex delicto Magistri hæc actio non nascitur, sed competit potius in factum ex quasi delicto, eò quod *dummodo* ei *pa. carere* non videatur, *malorum hominum operâ* utendo, l. 1. §. 2. ff. de exerc. a. 7. *Glette d. l. n. 6. II. Desideratur* contractum cum Magistro vel sub Magistro esse initum. Nam ex contractu nautarum Exercitor non tenetur, quin alio fine eos conduxit, quàm, ut *contraherent*, d. l. 1. §. 2. III. Ut Magister non exessent fines *mandate negotiationis*; non enim ex omni causa hæc actio in exercitorem datur, sed, ejus tantum rei nomine, cui Magister præpositus fuerit, l. 1. §. 7. ff. d. 1. iniquum enim est, aliquem teneri *ultra*, quàm voluit. Ex quo sequitur, si exercitor præpositum Magistrum navi ad hoc solummodò, ut *veturas exigeret*, & nihilominus Magister navem elocasset. Vel contrâ, si *locandum* tantum, & non ad *exigendum*, is tamen exegerit, quod non tenetur Exercitor, l. 1. §. 12. ff. d. 1. præpositum enim dat legem contractibus. *Brum. ibid.* Item est, si Magister tantum *Præmura* exendo præpositus sit, & is emerit *Vinum*. *Manz. n. 29. Harp. n. 7.*

**Dicitur:** Exercitori navis non datur actio contra eos, qui contraxerunt cum Magistro, l. 1. §. 18. ff. de exerc. a. 7.

ergo neque contrahentibus cum Magistro contra Exercitorem *Resp. conc. ant. neg. conf.* iussit enim Exercitori, quod cum Magistro vel actioni locati, mandati, vel negotiorum gestorum ( prout nempe vel gratuito, vel cum mandato navis curam habet ) expetiri possit, l. 1. §. 18. ff. d. Sanè, si Exercitor aliter rem suam servare non possit, forte, quia Magister non exiit solvendo, vel, quia aufugit, tunc Exercitori per restitutionem, vel aliter subveniendum, sicuti in actione instituta receptum est, l. 1. in fin. l. 2. ff. de iust. ad. Cling. q. 6. ob. 4. Illud adhuc observa, si plures sint Exercitores, hanc Actionem contra omnes dari in solidum, l. 1. §. vet. ff. de exercit. ad. ne in plures adversarios distingatur is, qui cum uno duntaxat contraxit. *Zoef. loc. cit. n. 5.*

Dixi VII. Ut in solidum præstat l. 1. §. 29. ff. eod. qui ad summam Reip. navium exercitoria pertinet. *Schaumb. n. 9. hic.*

#### AD INSTITUTORIA.

10. Tertia actio quæ ex alieno contractu descendit, est actio instituta, ab institute sic dicta, quem vulgò Factorem vocant. Hæc actio in multa convenit cum actione exercitoria, uti ex sequentibus patebit. Describitur actio instituta, quod sit actio Factorum, per personam, quæ datur ei qui cum institute de rebus a l. ipsius negotiationem pertinet, contraxit, a l. iussit enim, qui si sit actor præpositus, in solidum.

Præloquum definitionem agrediar, fuit, profectionis intellectu d. iussit, qui sit institutor, & quomodo actio institutoria cum actione exercitoria conveniat, & ab eadem differat. Institutio exinde sic appellatur, quod negotio gerendo, institutor l. 3. ff. de iust. ad. ille dicitur, qui Taberna, aut alio aliter Negotiationi servit præpositus est. Quem

(ut dictum) vulgò Factorem appellamus, præponentem verò Principalem. *Schaumb. hic.*

Convenit : Actio institutoria cum actio. I. ne exercitoria. I. Quod nihil refert, an quis tabernæ suæ masculum, vel faminam, liberum, vel servum, adultum, vel puerum proposuerit, præponens enim ex omnium contractu obligatur, l. 7. §. 1. & 2. de iust. ad. sibi enim imputare debet præponens, quod forte minus idoneum præposuerit. Ratio alia quia non institutori, sed præponentis silem sequitur is, quicum Institutore contrahit, *Manz. n. 10.* II. Sicuti in actione exercitoria non duntaxat dominus : sed etiam alius, ejus nomine, qui Jus præponendi habet præponit, ita etiam in actione institutoria idem receptum. Unde tutor, curator, procurator Institutorem : & præponunt, l. 5. §. fin. ff. eod. quia hi omnes, dominorum locò, habentur. *Zoef. num. 1. ff. de iust. ad.* III. Sicuti exercitor non tenetur, quatenus Magister fines negotiationis excessit, ita nec institutor, l. 11. §. Condicio 5. ff. eod. quia conditio præponentis servanda est, illa enim dat legem contrahentibus, *Hef. senb. in parat. b. t. n. 3.* Unde, si ad emendum institutor constitutus sit, & ille vendiderit, principalis non tenetur, fines enim præpositionis diligenter sunt custodiendi. *Manz. n. 20.* IV. Sicuti, si plures exercitores sint, quilibet in solidum potest conveniri, ita etiam si plures sint Institutores, l. 13. §. 2. ff. de ad. iust. Ratio, ne adversarius distringatur in plures actiones. *Perez. iust. hic.* V. Sicuti actio exercitoria datur hæredi, & contra hæreses perpetuo, ita & hæc, l. 15. ff. d. s. Ratio quia utraque est rei persecutoria. IV. Sicuti contrahentes cum Magistro habent actionem civilem contra ipsum Magistrum, ita etiam contrahentes cum institute

contra ipsum actionem civilem habent. *Manz. n. 19. VII.* Sicuti exercitoria non datur actio contra contrahentes; nisi in casu, si rem s. im. aliter servare non possit, ita etiam Institori, &c. l. 1. & 5. ff. de grad. Agulat. *Wesemb. loc. cit. n. 7.*

12. *Differt Actio Institoria ab actione exercitoria.* I. Quod huc nomen habeat ab eo, qui præponit. Illa ab eo, qui præponitur. Rationem assignat *Schamb. hic*, quia in hac elegantius à præponente; in illa à præposito nomen fieri poterat. *Incorvenum* enim, & *inculta latinitas* foret, si diceret; *magisteriana a quo.* II. Actio exercitoria locum habet in Negotiatione maritimâ; sive *natali*; in qua verò *terrestri* *Schneid. n. 1.* III. In exercitoria Magister navis sibi alium substituere potest; institor non etiam. Ratio *differentiæ prima* assignatur hæc, navigandi scil. necessitas, quæ major est cum *Magistro*, quàm in *Institore*. Nam interdum locus, & tempus non patitur plenius deliberandi consilium, l. 1. ff. de exercit. *ad.* Secunda est navigandi utilitas. Omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit; alioquin contrahentes deciperentur, quod facilius in Magistro, evitandum, quàm in Institore, major enim utilitas Reipub<sup>l.</sup> producit ex negotiatione maritima, quàm terrestri; *Schamb. hic. Manz. de exercit. ad. ampl. 3.*

*Hic, in antecessum præmissis, sequitur definitionis declaratio, itaque Dixi I. Prætoris II. Personalis.* Rationes jam *suprà* datæ. Dixi III. Datur ei, qui cum Institore contraxit. Unde illi non datur, qui cum ejus substituto contractum init. Ratio, quia Institor alium substituere non potest, l. 1. §. 5. ff. de exercit. *ad.* Nisi in casu, quo institor peregrè profectus est, tunc enim *Quasi institorem* ex operariis suis relinquit

l. 1. §. 10. ff. de instit. *ad.* *Schamb. v. Q. d. antea* *loc. Dixi IV. De rebus ad ipsius negotium nem pertinentibus*; quia non omne, quod Institor reperit, obligat eum, qui præposuit. Sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit contractum est, l. 5. §. 11. d. 2. Dixi V. *Adversus eum, qui Institorem præposuit.* Ratio est eadem, quæ *suprà*, quia secundum naturam est ut incommoda sequantur eum, quem sequuntur Commoda, l. 10. ff. de R. J. & contrahenter, magis fidem præponentis, quàm Institoris secuti esse, intelliguntur.

Illud tamen *requiritur*, ut Institor taliter præpositus sit, ut quæstum exerceat. Unde; si quis cum *Villico* contraxit; dominus principalis non obligatur, quia *Villicus*, non ad exercendum quæstum; sed, fructus percipiendos præponitur. *Manz. num 24.* Expressum *mandatum* non semper desideratur, quia sufficit *ratihabitio*, aut *scientia & patientia*, quia *ratihabitio* mandato æquiparatur, & *Ratihabitionem*, de R. J. in 6. & *scientia*, atque *patientia* pro *Voluntate* habetur, arg. l. 7. §. 1. ff. de sponsa<sup>l.</sup> *Manz. n. 8.* Imò, *Wesemb. in parat. h. t. n. 1.* statuit, si talis sit, qui negotiationes gerere jam solitus fuit, quod dominus ex ejus contractu obligetur. Ex quibus faciliè decidere possis *casum*, qui non ita pridem in aliquo Judicio acriter ventilabatur. Habuit aliquis comes in sua dynastia *Praefectum*, vulgò *cum Pflager*. Hic vendidit 200. urnas *Vini*, non habito ad hoc *speciale Mandat* à suo *Principale*. Solebat autem jam antè *Præmissa*. Et *Vina* vendere; nec unquam *principalis* ex propter conquisitus est. Imò tales *venditiones* semper *ratihabuit*. Istam autem, quæ dictas 200. urnas *Vini* continebat, retinere non voluit. Q. Quam, Et au



*aitaria, & infistoria*, quæ locum habent in merce *dominica*. Dicitur merx *peculiaris* illa res, in qua dominus permittit servo suo, proprio nomine, negotiari; siue illa, quæ est in peculio servi, & cujus questus ad ipsum servum omnis redit. Merx vero *dominica* dicitur illa res, in qua, nomine alieno, h. e. *Vicodominum* negotiatur; siue, quæ non est in peculio servi, & cujus questus omnis ad dominum pertinet. Differt ergo merx *dominica* à merce *peculiaris*, quod merx *dominica* non sit in peculio servi, & questus omnis fluxum ad dominum pertineat, *redatque*; merx vero *peculiaris* est in peculio servi, & questus, siue lucrum pertinet quidem ad dominum, sed non statim ad illum redit, sed tum demum, si dominus id exigit, item in illa negotiatur nomine *alieno*, v. g. *Petru* vel *Domini*; in hac nomine proprio, *Manz. n. 33. Harp. n. 3.*

II. Differt actio *tributoria* ab actione *turtatoria* & *infistoria* in eo, quod ex his non tantum obligetur *pater*, vel *Dominus*, qui *sciunt*, vel servum proposuit. Sed & is, qui liberum hominem. *Tributoria* verò tenetur is, qui sciunt, servum, vel filium negotiari.

III. Ex *infistoria*, & *turtatoria* tenetur in *solidum*, qui *proposuit*. *Tributoria* convenitur pro rata *pater*, vel *Dominus*, *Perez. Infr. l. c. h. n. ad Trent. vol. 1. disp. 24. th. 2.*

Dixi V. In quibus, sciens, & *patente* Domino negotiatus fuit. Ad hoc enim, ut ista actio *tributoria* competat, *substantialiter* desideratur scientia & *permissio* Domini; siue *Non contradictio*, l. 1. §. *Sciendum* 3. ff. de *tribut. act.* ubi dicitur, *non enim vult debet Dominus, sed non vult. Manz. num. 22.* Itaque si, ignorante Domino, vel *pater*, *servus*, vel *filium* contraxerit,

non huic *tributoria*, sed de *peculio* actioni locus erit. Inter quas actiones grandis est differentia. Et enim *Pater*, vel *Dominus*, ex contractu *Fili*, aut servi actione de *peculio* conventus, privilegium habet, ut præteritis creditoribus deducere possit quod sibi a *fili*o, servoque debetur, quamvis naturaliter tantum *patri*, vel *Dominio* debeat, §. *Cum autem* 5. h. t. l. 9. §. 2. ff. de *peculio*. At, actione *tributoria* *pater*, dominusque conventus, hoc deductionis privilegio non gaudet; sed veluti extraneus creditor, cum reliquis creditoribus in *partitionem* mercedum *peculiarium* pro rata sui debiti vocatur, §. 6. h. t.

Dixi VI. *Aequaliter*, & *pro rata* *pater*, *Dominus*ve cum aliis creditoribus dividat. Ex quibus verbis apparet, ad quid detur ista actio; nimirum ad hoc, ut equalis fiat distributio inter *patrem*, & alios creditores in *merci*bus *peculiaribus*. Dico in *merci*bus *peculiaribus*; quia non totius *peculii* ratio habetur, sicuti in actione de *peculio*; sed id solummodo in *tributum*, & *divisionem* venit, quod in *merci*bus est, quibus negotiatur, l. 11 ff. de *tribut. act.* Unde, si *filius* 1000. habuisset in *peculio*, & eum *dimidia*, vel *tertia* tantam parte negotiatus esset; reliquum autem *fieri*, aut *emenda* *prediis* exposuisset, hoc in *tributoriam* non venire, sed illud *duo*taxat, cum quo negotiatus est, *Schneid. n. 5.* Item, si *filius* plures merces separatas, & plures negotiatus, v. g. *porcorum*, *frumenti*. *Non* *Ec.* habuerit, non confunduntur creditores; sed separatim singuli in *tributum* vocantur ejus meritis, in quibus crediderunt, l. 5. §. *Si plures* 15. ff. *cod.* Ex, si forte circa eundem *mercem* plures creditores concurrant,

neque

habendum non esset. Neque actione de pecunie, suppono enim, quod pater filio peculium non concesserit. Debet proinde sibi actione de in rem verso providere. Ratio hujus actionis est, ne dominus alieno damno locupletior fiat. *Zosif. ff. l. b. e. u. i.* Hæc autem actio, licet à *utrisque* variis: meo tamen iudicio belle definitur, quod sit actio Prætorie, personalis, quæ datur eis, qui cum filiofam. aut Servo contraxerunt adversus Patrem, vel Dominum: Vel, qui contraxerunt inscio etiam patre, aut domino, cum filiofam. aut Servo contra Patrem, vel Dominum, ut id præstat, quod in rem, i. e. utilitatem patris, vel domini versum est. *Schamb. hic.* Quare dicatur Prætorie, & personalis. Rationes supra datæ sunt. Itaque

Dico I. quæ datur eis, qui contraxerunt, nec non ejus hæredibus, l. 3. ff. l. b. e. Ratio jam assignata est, ne scilicet pater, vel dominus cum alterius jactura locupletetur. Illud hic notandum, quod actio de in rem verso (regulariter) toties detur, quoties procurator habet actionem. Ratio, quia utraque eadem æquitatis ratione nititur. Unde fac, quod filiusfam. sumperit pecuniam mutuum, ut sibi vestire, suo statui, & conditioni conformem, & necessariam compareret. Hoc in casu creditori actionem vel negotiorum gestorum, vel de in rem verso accommodare poteris, quia ad utramque sufficit, rem patri utiliter gestam esse, *Manz. num. 20.*

Dico II. Insco etiam patre, aut domino; secus enim, si pater sciret, neque contradiceret, actio quæ Jussu locuturur locum.

Dico III. Ut id præstat, quod in rem versum est. In rem versum autem *Actus ad hujusmodi.*

intelligitur. quidquid necessario: & utiliter in rem patris, vel domini filius, vel servus imendit. veluti, si mutuum pecuniam creditoribus domini solverit, aut adificia ruentia fulserit, aut frumentum emerit, & id ipsum in familiam domini consensuisset, aut quid aliud fecerit, quod ipse dominus facturus fuisset. *Perez. inst. hic.* Dixi necessario, vel ut. *litter.* Nam, ea, quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non possunt à patre repeti, tanquam in rem versa, l. 3. §. 4. ff. de in rem versa. Ratio, quia non debet onerari ex eo dominus, quod ipse facturum non esset. Illud non refert, num consilio responderit eventus, nec ne? Unde, si filius, ad alendam familiam, frumentum comparaverit, licet postea perierit, vel corruptum sit, nihilominus tamen actio de in rem verso locum habebit, l. 1. §. 1. ff. eod. Ratio, quoniam fatalis eventus ab obligatione negotii, sua causa gesti, non excusat, *arg. l. 10. ff. de neg. gest. Schmid. u. 3.*

Non obstat l. 10. §. 6. ff. de in rem versa. ubi scribitur, hanc actionem non dari, nisi versum daret. Nam, si legem loqui de eo casu, quo pater id, quod à filio ad patrem profectum est, retro filio solvit. Hoc enim in casu cessat actio adversus patrem, & creditori contra filium agendum est. *Harp. u. 13. Schneid. loc. cit. Manz. num. 26.*

Q. Quod? si verius, vel filiusfam. pecuniam acceperit, & simulaverit, si dolens in rem domini, vel patris versurum, non tamen verterit, & creditorem daceperit, dabiturne hac actio? *Respondet. per exp. tex. l. 3. §. 9. ff. eod.* Ratio: ne creditus creditoris domino, vel patri obesset, aut caliditas servi, filiive noceret. Curiose proinde

inde inquirat *creditor*, necesse est, qui *mutuam* dat pecuniam *filio*. aut *servo*; quomodo ea pecunia utatur; nam, si nimis credulus fueris, nec pecunia in rem patris versa, facile hujus actionis adminiculo privabitur. *Harp. n. 20.* Poterit tamen actionem de peculio in casu, quo nihil verum est, intentare? Quod si autem *filius* peculium non habeat? *creditor* nihil à patre consequetur. Nec hoc videtur iniquum; cum sibi imputare debeat, qui non exploravit diligentius, an servus, vel filiusfam. peculium haberet; & quantum in eo esset: Item, an in rem domini, vel patris converterit, nec ne? Nam, qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet, nam ignarus conditionis ejus, l. 19. ff. de R. J. *Pet. Inst. hoc.*

Illud adhuc *notandum*, quod actio de in rem verso contra patrem, vel dominum, eatenus duntaxat, quantum in rem versum est. Proinde; si pars sit versa, pro patre erit hæc actio, l. 10. §. in rem ff. cod. Ratio, quia ideo hæc actio datur, ne pater cum alterius factura locupletetur; pro ea vero parte, quæ non est in rem ejus versa, non est locus locupletior, ergo. *Zor. in rem verso. n. 2.* habebit tamen respectu ejus partis, quæ versa non est, actionem de peculio, *text. hic.*

Dices, tamen in *textu* dicitur: in *solidum dari*. & Id verum esse, quatenus est in rem versum, *Manz. num. 35.* Vides modo in quo hæc actio differat ab actionibus, in *solidum* competentibus, puta, actione quod *Jussu*, *exercitoria*, & *instructoria*.

#### AD §. CUM AUTEM QUÆRITUR.

Q. Hic, quomodo peculium *estimandum* sit? In peculio demum numeran-

dum esse, quod superest, deducta illa, quæ Domino, aut Patri, aut iis, quos in potestate habet, debentur. Isti enim habent in actione de peculio privilegium deductionis, prout jam aliquoties dictum.

#### §. CETERUM V.

Insignis est iste locus de *compara-<sup>18</sup>* tione, & *Electio* harum VI. *actionum*. Inquit enim *Imperator*: ei, cui hæc IV. actiones, quod *Jussu*, *exercitoria*, *Instructoria*, & *tributoria*, competunt, etiam reliquas duas, de *peculio*, & de in rem verso competere, ita, ut ei detur *Electio*; velint v. g. intentare actionem quod *jussu*: an de *peculio*? Proinde *cautus* quis esse debet, ne eligat sibi actionem, minus idoneam, & minus utilem, quia una electa, non datur regressus ad aliam, l. 9. §. de tribus, act. & l. 43. §. 1. ff. de R. J. Unde, si cui competat actio quod *Jussu*, *exercitoria*, vel *instructoria*, stultissimus erit, si moveat actionem de *peculio*, vel de in rem verso. Ratio est duplex, tum, quia in *tribus* prioribus *solidum* aliquis consequitur; in *duabus* posterioribus non plus, quam revera in *peculio* est, vel in rem domini versum, Tum, quia in *posterioribus* actor *probare* cogitur id, quod acceptum est, in rem domini, *versum* esse; vel tantum fuisse in *peculio*. *Manz. n. 3.*

#### AD §. IS QUOQUE.

Quid si vero concurrat actio *tributoria* cum actione de *peculio* & de in rem verso. Satis interdu esse, & consultius, *tributoria* experiri; interdu vero de *peculio*, aut de in rem verso, *Tributoria* ideo utilis est agere,

agere, quàm de peculio, quia in hac actione de peculio dominus habet Privilegium deductionis; in tributoria autem non habet; sed tenetur merces peculiares aequaliter inter se & alios creditores dividere. De peculio autem utilis est agere, quia in tributoria non totum peculium versatur; sed pars tantum, puta, ea, quæ in mercibus consistit. At, in actione de peculio totum, quicquid est in peculio, versatur; sive in Mercibus, sive in Prædiis, sive in Domo, sive in Vineis consistat. Semper autem (prout ipse Imperator fatetur) optimum est, de in rem verso agere, si quis possit probare id, quod credidit, in rem domini versum esse. Ratio, quia, quod in rem versum est, id totum actor consequitur, ne quis aliena iactura locupletetur. *Harp. n. 5. § 6.*

### § QUÆ DIXIMUS 6.

Quæ in Textu præcedentium §. 5. dicta sunt de servo, eadem intelligenda sunt de filio, vel filia: nepote, vel nepte, in potestate patris existentibus. Illa tamen inter servum, & filium remanet differentia, quod servus tantum naturaliter teneatur ex suo contractu, non etiam civiliter, cum hoc jure personam non habet. Filius vero & naturaliter & civiliter obligetur. Quæ ratione, qui cum filiofam. contraxit, alios habebit obligatos, filium in solidum, patrem peculiosum. Quod tamen fallit in causa *Admæ*, ob beneficium *S. C. Macedoniani*.

### §. ILLUD 7.

- 20 Dictum est filiofam. obligari ex quolibet contractu naturaliter, & civiliter; patitur autem hoc Exceptio-

nem in pecunia mutuo sumpta, quæ si si acceperit, nec ipse, nec pater tenetur, sed exceptione *S. C. Macedoniani* sed indemnem præstat. Numen traxit hoc à *Macedone*, improbo *Feneratori*, qui fuit fact. incertus nominibus mutuas pecunias dare consueverat. Hinc frequenter accidebat, ut filii, ære alieno pressi, & à creditoribus ad solvendum compelli, vitæ parentum insidiarentur, eorumque mortem præmatura spe consequerent. Homini proinde illius *Improbis* inluberrimæ Legi occasionem solimini stravit, ac *Senatus* persuasit, ut, confecto *Senatus Consulto*, *Imposturas* *feneratorum* compesceret, distinctæ *Juventuti* fomentum subtraheret, ac *Præta improba*, in herba velut, suffocaret.

Q. Quid sit incertis nominibus mutuum dare? R. aliud non esse, quam causam debendi in chirographo non exprimere, vel cautionem in mortem patris concipere, l. e. convenire filiofam. post mortem patris solvere, obligatus esset, vel denique chirographo non inferere; quantum feneratori datum esset. *Zoes. ff. S. C. Maced. n. 1.*

### §. ILLUD FIN.

Non illis tantum, de quibus egimus, conveniri patet, vel dominus potest actionibus, sed etiam directè *directis*. ex ipso contractu descendentibus, si ipsorum Jussu contractum sit, v. g. *directa* actione quod *Jussu ex vendito*, &c.

Nec obstat, quod nemo ex contractu alterius obligetur, in his enim Actionibus propter *Jussu* & *Mandatum* patris, vel domini quasi speciali est; eo quod periude sit, utrum quis per se ipsum faciat, ac si ipse faceret.

## TITULUS VIII.

## DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

## SUMMARIA.

1. *Actio noxalis explicatur.*
2. *Noxa, & Noxia quando differant?*
3. *Noxae deductio quid operetur?*
4. *Si Servus damnum refarcuat, quid Juri?*
5. *Contra quem detur actio noxalis?*
6. *An detur Domino contra suum Servum?*
7. *An filiusfam noxae deduci possit?*

**V**idimus, quæ actiones ex contractu servorum, vel filiorumfam. adversus Dominum vel patrem competant? sequitur de iis, quæ ex eorum delictis descendunt.

## AD PRINCIPIMUM.

Pro faciliiori hujus materię Intellectu fac talem casum, Servus Sempronii intravit mihi *Furtum*, aut *bona* mihi vi rapuit, aut *damnum* aliquod intulit, aut deinde me *injuria* affecit. Q. *Quomodo mihi sit constituendum?* Equidem certum est, ex istis IV. *delictis* confluere IV. *actiones*, puta, *furti* vi bonorum raptorum, *legis aquilæ* & *Injuriarum*, de quibus *supra*; verum omnes istæ actiones contra servum inaniter moverentur, eò quod standi personam in Judiciis non habeat, l. 55. ff. *de Jud.* nec aliquid possideat proprii, unde *damnum* refarciret, l. 12. §. *omnibus* ff. *de accusat.* Ideo contra *Dominum* mihi agendum est, non quidem actione *directa*, quia hæc ip-

fos delicti duntaxat Authores tenet; sed *obliqua* ad hoc, ut *dominus* id præstet, quod actione petitur, puta, *duplum*, si *furtum* sit *nec manifestum*, *quadruplum*, si sit *manifestum*, aut *servus* noxa dedat, h. e. pro noxa relinquat, & actori cedat. Ubi nota, *Noxam* dici corpus illud, quod *delictus* i. e. *Servus*. *Noxam* vero esse ipsum *Malefictum* veluti *Damnum*, *Furtum*, &c. sicpe tamen hæc *Vocabula* confunduntur. *Harp. n. 3. hic.* Itaque *Dominus* ex *Delicto Servi* non in *solidum* tenetur, sed *Noxa* deductione liberatur. Ratio, quoniam *iniquum* esse *Nequitiam* servi ultra ejus *Corpus* domino *damnosam* esse *num. 16.*

Hoc tamen, quod dictum *Procedit* I. Tunc, quando *servus deliquit*, domino *ignorante*, vel ipso quidem *sciante*; sed *prohibere* non valente, l. *pen. Cod. h. t.* Nam, si *dominus* scivit, & *prohibere* potuit, tunc non datur ipsi electio *Litis estimationem* præstandi, aut *servum noxa dedendi*, sed tenetur præcise *integrant estimationem litis*, vel *damni* præstare, perinde, ac si ipse deliquisset, l. 2. 3. & 4. ff. *h. t.* quoniam *scientia* ejus, qui *prohibere* potest, pro *Voluntate* est. *Manz. n. 17. Harp. num. 12. Procedit 11. in Delictis*, non quasi *delictis*. Unde, si *servus*, navi præpositus, opera improborum nautarum usus fuerit; *dominus* non nisi *peculiosum* conveniri potest, l. 41. ff. *de Furt.* quia *servus* non deliquit, ac proinde actioni locus non

non erit. *Procedit III.* in delictis privatis, non etiam publicis l. pen. Cod. h. t. nam ex delictis publicis non domini, servorum nomine, sed ipsi servi tenentur, l. 12. §. 3. Et 4. ff. de Accusat. Ratio differentie est, quia privata delicta damnum pecuniarum persequuntur, quod servus resarcire non potest, utpote nihil habens proprii, vel saltem non tantum, quod sufficeret. Publica autem delicta, ut plurimum pœnus corporales si cum trahunt, quas servus proprio in corpore persolvere potest, præcipue, quia delicta suos tenere debent auctores. *Respond.* in parat. h. t. n. 2. Ratio porro, cur dominus teneatur ex delicto privato ipsius servi, hæc est, tum, quia culpa non caret, qui opera malorum hominum utitur, §. ult. Inst. de oblig. qua ex quasi delict. tum quia, ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debet, l. 149. ff. de R. J.

Nec refragatur, quod melior nostra conditio per servos fieri possit, deterior non etiam, l. 133. ff. de R. J. Nam, illa Regula procedit in contractibus; non etiam delictis, *Huon. var. resolut. P. 6. tract. Q. 1.*

#### §. DOMINUS 3.

4. Q. In hoc §. quid Juris si servus defuncto propter delictum commissum fuerit damnificatus noxa deductus; quaesita vero pecunia damnum suum novo domino resarcierit. R. Servum consequi libertatem favore liberatis. Et, quia novus dominus nondum Jure quaesitum plenum acquisivit dominum, manumittitur auxilio Prætoris, etiam invito novo domino, quia tunc, neutri sit Injuria; non priori domino, quia servum abiecit; non posteriori, quia domino resarcito, nihil est, quod amplius desideret. *Perez. Inst. hic.*

Q. Unde servus resarciet, cum proprii nihil habeat? R. licet servus nihil proprium habere possit, quia, omnia domino suo acquirit; potest tamen de Viâ suo parcere, & peculium comparare, Ventre defraudato, vel etiam aliunde spe manumissionis mutuum pecuniam sumere potest, promittendo, cum manumissus fuerit, restitutum. *Schamb. hic.*

#### §. SUNT AUTEM 4.

Cum noxalem esse non sit, nisi qualitas adjectitia, ideo sequitur eam vel esse *crudem*, vel *Prætoriam*, pro diversitate actionis principalis. Hinc, si adjectitur actioni *furtis nec manifesti*, ex L. XII. Tab. descendenti, vel *Legis Agnitiæ*, *crucilis* erit. Sin vero actioni *vi bonorum raptorum*, vel *injuriarum* adjectitur, erit *prætoria*.

#### §. OMNIS 5.

Q. Hic adversus quem datur actio noxalis? dari adversus eum, qui servum in potestate retinet, quia tantum ejus dedendi facultatem habet. Unde etiam in successores hæc actiones dantur; Jure tamen Domini, non Successoris. Proinde, si servus in alterius exierit esse potestate, cum illo incipiet esse actio, quia Noxia Caput sequitur, i. e. poena interrogatur ei, qui est caput servi. Ideoque convenitur dominus, qui fuit tempore Instituta actionis, non qui fuit tempore delicti commissi. Quod si servus, qui Noxam commisit, manu missus fuerit, tunc servus ipse directo tenebitur, quia liber homo esse incipit, qui in Judicio consistere potest. Ex contractu vero, in servitute inito, conventi servus post manumissionem non potest;

R r r 3 quia,

quia, non tam ipsius, quam nominis domini, iniuria videtur, cuius commodum solum spectabat. *Mazz. u. 7.*

## §. SI SERVUS 6.

- 6 Quid? si servus domino suo noxiam commiserit. *R.* Quod actio tunc nulla nascatur, quia inter dominum, & servum nulla obligatio datur, & consequenter nec actio, quoniam dominus secum ipse litigare videretur. Quod procedit, etiam si in alterius potestatem servus ille, vel manumissus fuerit, & neque cum eo, in cuius tunc potestate est, neque cum manumisso agere possit, eo quod statim ex ipso facto nascatur obligatio; neque ex post facto vires sumat. Decantata enim Regula est, quod ob tuitio non subsistit; possit casu quidam non convalescere.

## §. SED VETERES 7. ET ULT.

- 7 Jure veteri Noxia-deditio non solum servorum: sed etiam filiarum, filiorum-

que familias recepta fuit, nam *Vicia & Nevis* potestas penes patrem in liberos erat. Sed sentim duram illam potestatem, asperitatemque in liberos respond. m. dux et nova, & mitior hominum conversatio, maxime in *filibus*, causa *prodictae*. Haec enim vel maxime mulieres exornat. Itaque hodie *filium*. ex suis ipsi *debitis* conveniri possent. Qui si peculium *cassense* vel quasi tale habeant; *exentio* in illo peculio sit. Quod si peculium *proprium* non habeant. obtinet Regula, qui non habet ut aere, licet in corpore.

Dices: Quid, si filius habeat peculium *profectitium*, nunquid actio de peculio contra patrem dabitur? *R.* regulariter quod non, l. 13. ff. de R. J. nisi filius item contestetur, & condemnatus fuerit, tunc enim quasi contractus intelligitur, & per consequens pater ex quasi contractu actione de peculio impetiri poterit. *Ching. h. t. q. 1. ob. 6.*

## TITULUS IX.

## SI QUADRUPES, PAUPERIEM FECISSE DICATUR

## SUMMARI A.

1. Explicatur, quomodo *damnum* dicitur a Pauperie.
2. 3. 4. Et 5. Ut actio de pauperie locum habeat quatenus requirantur?
6. Hoc; si occidat alterius *Bevem*, quid Juri?
7. Actio *adhibita* quando datur?
8. Et ad quid?

## CONNEXIO.

1. Cum de actione noxali ob *damnum a servis* ortum, competent. Sequitur, &

Q. congrue, quid Juri sit? si animal, sive pecus *damnum* dederit, alteri nocuerit. *R. I.* Quod animal rationale, sive bruta non dicitur *damnum* facere, sed pauperiem, text. *huc*. Ratio, quia *damnum* datur per *injuriam*; bruta autem, utpote rationis usu carentia, *injuriam* non dicuntur committere, neque *damnum*. Proinde, si tibi noceant pauperiem tibi fecisse, dicuntur; quae *definitur*, quod sit *damnum*, sine *injuria* facientis *damnum*.

Di.

Dicitur: nihil interest an damnum detur ab homine, vel à bruto, ergo scilicet distinguitur inter damnum, & pauperiem. *Re. neg. ant.* Si enim damnum datur ab homine libero, datur actio legis Aquilæ. Si à servo, datur actio noxalis. Si ab animali, datur actio pariter noxalis; sed hoc addito, si quadrupes, pauperiem fecisse, dicatur. *Ching. q. 1. ob m.*

His positis, R. II. si brutum contra naturalem generis consuetudinem alteri nocuerit, datur damnum passio actio noxalis contra dominum ejus ad hoc, ut vel damni estimationem præstet, vel animal, quod nocuit, noxæ dedat.

- 2 Ut autem ista actio locum habeat, Requiritur I. ut tale sit animal, quod gregatum pascitur, v. g. bos, ovis, capra, equus, fures, &c. quadrupedes enim nomine veniunt pecudes, quæ gregatim pascuntur, l. 1. §. In bestias. ff. b. 2. Ex quo id fertur, si animal, quod gregatim non pascitur, pauperiem fecerit, puta, canis, leo, ursus &c. hanc actionem non habere locum; quod tamen intellige de actione directa, quæ ex verbis legis competit. Enim vero istius actionem de pauperie locum habere, si animal bipes, vel tale, quod gregatim non pascitur, nemo est, qui ambigat. *Schneid. n. 3. Ching. Q. 2. ob m. Manz. n. 6.*

- 3 II. Requiritur, ut animal, præter naturam generis sui; damnum; siue pauperiem dederit, ut si v. g. equus aliquem percusserit, bos cornu petierit, text. hic. regulariter enim, boves cornu petere, vel equi calce percutere non solent.

Ex quo iterum inferitur I. si animal secundum naturam sui generis nocuerit v. g. Leo, Ursus &c. directam hanc actionem locum non habere.

Sic v. g. fac, quod Leo tunc, de carcere aufugiens, mihi nauerit. Hoc in casu, contra de actionem directam non habeo. Ratio, quia, quando brutum, natura ferox, sese in naturalem libertatem recipit, ejus dominium amittitur, §. 12. *hyst. de R. D.* adeoque contra neminem poterit actio moveri. Quod si verò leo post datam pauperiem ad te, utpote dominum redierit, poterit utilem actionem de pauperie contra te movere. *Manz. n. 8. q. 2. 13.*

In casu II. si bos, vel equus depauperit alterius gramini, vel sata, ut porcus quædam les, cadere hanc actionem de pauperie, quoniam nihil contra sui generis naturam deliquit, quod in hoc iudicio necessario requiritur, l. 14. §. ult. ff. præscript. verb. *Harp. num. 8.* in hoc tamen casu datur mihi actio de passu pecoris contra dominum animalis ad hoc, ut solvat damni dati estimationem tantam, quantum glans (quo nomine omnes fructus passus pecorum defervientes, accipimus) cum depascaretur, vendi potuisset: nec enim futuræ estimationis habetur ratio propter dubium maturationis eventum, *Ching. q. 3. h. t. Zoff. ff. b. 1. n. 7.* ubi futuræ estimationis rationem, aut habendum esse, Secundum hodiernos mores ejusmodi animalia includuntur in die Pfand Stüb, donec damni estimatione pascivatur.

III. Requiritur, ut animal sponte sua nocuerit, l. 1. §. 6. ff. b. 1. Unde Inferitur I. Si animal non sit sponte: sed alieno impulsu, & insigatu ad calcitrandum commoveatur? non habere locum hanc actionem de pauperie; sed contra hyngantem dari actionem legis Aquilæ, d. l. 2. §. 6. ff. 7. quia, causam damni datus, ipsum damnum dedisse, intelligitur. *Schneid. hic. Inferitur II.*



Si culpa hominis præcefferit pauperem, eam hanc actionem locum non habere. Sic si meum equum locavisset alteri, & ille nimium eum onerasset, ita, ut equus efferatus impetum in aliquem faceret, vel aliter noceret, contra me non actio noxalis de pauperie; sed legis Aquilæ locum haberet, l. 1. §. 4. ff. h. t. Alenz. n. 11.

- ¶ Q. Quid iuris? si duo boves commiffens lucram, & unus alterum vel occidisset, vel alias laisset. R. Si provocatus perit, nullam esse actionem, quia defensio est Juris naturalis, bestiis cum hominibus communis. Et, qui se contra aggressorem defendit, impune evadit. Si vero provocatus perit, dabitur actio de pauperie in dominum bovis provocantis, l. 1. §. 11. ff. h. t. ita communiter DD.

- ¶ VV. Requiritur, ut animal non moriatur ante litem contestatam, l. 1. §. 13. ff. h. t. si enim animal, quod nocuit, ante litem contestatam decesserit, vel dominum ejus sine dolo malo amissum fuerit, extinguuntur hæc actio de pauperie, d. l. 1. §. 13. Ratio, quia interitus rei, in specie debitor, liberat debitorem, l. 107. ff. de solus. Quod si vero post litem contestatam decesserit, tunc dominus non liberatur, d. l. 1. §. Plane. Ratio, quia mora facit aliquem teneri de casu sortuito; atqui is, qui conventus non statim animal noxæ dedit, sed usque ad litem contestationem se actori opposuit, in mora fuit, ergo &c. Quod si deinde post litem contestatam ab alio animal occisum sit; tunc dominus tenetur vel litem æstimationem offerre, vel actionem legis Aquilæ contra occisorem cedere debebit, d. l. 1. §. 10.

Sed, Quid? si ante litem contestatam animal occidatur, teneturne?

tunc dominus damnum refarcire, vel actionem alteri cedere? R. negative, eo quod debitor speciei ejus interim liberetur. Quod vero actionem cedere non debeat; cum tamen hoc domino non noceat, & damnificato profic: Ratio est, quia is sibi imputare debet, cur citius non egerit? Jura enim vigilantibus scripta sunt. S. hanc. hic.

Q. Cum dixerimus in hac actione ad litem æstimationem agi, quidnam ergo æstimetur? Ad hoc R. in l. 3. ff. h. t. non deformitatis rationem habeti, cum liberum corpus non recipiat æstimationes, sed imperfarum, in cuiusatione factatum, & operarum amittatur; licet non desint, qui in summa deformitatis rationem habendam esse, autument. Alenz. n. 38.

#### §. CETERUM FIN.

Hucusque de actione civili. Sequitur de Prætoris æstimatione. Nam ædiles (quorum officium, & cura inter alia fuit, ut Vis non esset vel impedita vel infesta, l. un. ff. de via publ.) præposuerunt tale Edictum: Ne quis canem, verrem, ursum, leonem, alivum, quod nocere posses, sine solutum, sine ligatum animal, eo loco haberet, quo vulgo iter sit. Ratio, quia publice interest, posse quemlibet sine periculo, & metu per itinera commorari, resque suas agere, trahere, aut portare, l. 41. ff. de adulis. edito.

Differt hæc actio ædilitia ab actione noxali de pauper. Quod hæc ad omne dominum, quocunque loco commissum, illa non nisi in eo, ubi vulgo iter sit, concedatur. Hæc tantum est rei perscutoria. Illa etiam penalis est; uti audiemus. Hæc tantum datur, tamulius, quis dominus quadrupedis est. Illa datur, licet animal in naturalem liber-

libertatem se receperit. Hæc est *civilis*, illa *prætoria*. Hæc deinde *annalis*, illa *perpetua*. *Schimb. hic. in fine*,

num illatum fuerit, *dupli* dominus condemnatur. *Mart. n. 7.* Hodie poena ex *constit.* *Carolina art. 136.* in casu hujus actionis arbitraria est. *Mart. cod.*

## AD V. ET SI ADVERSUS.

Datur hæc actio ædilitia ad hoc, ut dominus animalis 200. Solidos præstet, *l. 42. ff. de edilit. act.* Si occisus sit liber homo; si vero libero homini duntaxat nocitum sit, nulla certa poena status est, sed tanti Dominus condemnabitur, quanti bonum, & equum Judici videbitur, *text. hic.* Quod si vero servo, aut alteri cuidam rei illam-

## AD V. PRÆTER.

Præter hanc actionem *ædilitiam* etiam actio de *pauperie* locum habet, non quidem *directa*, sed *in* ex ratione, & voluntate Legis, dummodo animal, quod nocuit, adhuc in domino sit, ita, ut reddi possit, *juxta dicta in §. præced.*

## TITULUS X.

## DE IIS, PER QUOS AGERE POSSUMUS.

## SUMMARIÆ.

- 1 Per Procuracionem non agere licet?
- 2 Quia dicatur Procurator?
- 3 Quomodo constituatur.

**R**atio *Ordinis*. Quandoquidem hucusque de *Actionibus*, earum *Definitionibus*, *Divisionibus*, neque *Naturæ* visum est. Sequitur *justa* serie, per quos illas *Actiones* exercere possimus.

## AD PRINCIPIMUM.

**Q.** In hoc §. per quos agere: & nostras *Actiones* exercere possimus. Quid sit de Jure antiquo, quo inspecto, alieno nomine, agere non licuit, exceptis IV. *Casibus* I. pro *Populo*. II. pro *Libertate* III. pro *Tutela* IV. pro *Absentibus*. Illud nosse, parum refert, cum ab *Uso* recesserit.

## AD V. SED QUIA.

- 1 Quotiam non minimam *Incommo-*  
*ditas* ad *Instituta*,

*saltem* habeat quod, *alieno* nomine, neque *agere*, nec *excipere* *Actionem* licebat, experunt *Homines* per *Procuratores* ligari. Nam, & *Moribus*, & *ætas*, & *necessaria Peregrinatio*, itemque *alia multa Cause* sæpe hominibus *impedimento* sunt, quo minus rem ipsi suam exequi possint, *text. hic.* & in *l. §. ff. de O. & A. l. Schneid. n. 3.* Itaque de Jure novo cuique permittitur causam per *procuratorem* agere, vel defendere: modo tamen *procurator* sit *persona habilis*, quoniam in omni actu explicando *habilitas* agentis requiritur, *Mart. n. 14.* & causa sit *civilis*; in *criminalibus* enim (regulariter) *Procurator* non admittitur, §. 10. *Inj. de Injur.* Ratio autem, cur *Accusator* per se & non per *Procuratorem* persequi *Crimen* debeat, est, quia olim is debebat subscribere in *crimen*, i. e. obligare se ad poenam *Talionis*, quæ *absens* affici non posset. Quæ poena, licet hodie cesset, est tamen adhuc poena

S s s

extra.

*extraordinaria*, & *hifania* propofita in qua ratio adhuc locum habet. Ratio autem, cur pro Reo, criminofo Procurator intervenire nequeat, eft; ne Judicia redantur eluforia, fi præfens non efferet ipfe Reus condemnatus. Item, ut ex *circumftantiis*, Corporis *Habitudinem*, *Tremore*, &c. cognofci *facilius* poffit *Veritas*, l. 10. §. 5. ff. de Q. Q. enim verò, *difficile* eft *Crimen* non procedere *Velut*. Schamb. hic. & *Harp.* n. 33. & feqq.

### §. PROCURATOR I.

Q. hic, quæ dicatur procurator? & quomodo conftituatur? R. quod Procurator fit, qui *aliena* *Negotia* *Mandato* Domini adminiftrat. Alius eft *Judicialis*, alius *extra-judicialis*; de quibus in ff. de Procurat. Conftituitur autem procurator folò *mandato* domi-

ni, & nudo ejus *confenfu*. Adedquæ non opus eft *folemnibus* Verbis, quoniam procurator per *mandatum* conftituitur quod folo *confenfu* conftat, neque verborum *folemnitate* requirit, nec etiam opus eft adverfarii præfentia, quia nihil intereft, ipfe per fe dominus litiget, an per *aliam*. *Perez.* *Inft.* hic. Porro quis procurator conftitui: & an is revocari poffit? non hujus loci eft in id *inquirere*, proinde te ad ff. remitto.

### §. Tutores Fin.

Tutores, & Curatores etiam nomine *alieno*, i. e. *Pupillorum*, *Minorum* nomine, agere poffunt. Imò, ex *uocafitate* officii debent.

Quomodo autem hi conftituantur alii in *Testamento*, alii à *Loge*, alii à *Magiftratu*, fuprà *Loh. L.* expofitum eft.

## TITULUS XI.

### DE SATISDACTIONIBUS.

#### SUMMARIA.

- 1 & 2. *Cautio* quid fit, ac quæplex?
- 3 *Judicio* fiti, & *Judicatum* folvi *Cautio* quæ fit?
- 4 Quomodo ifta cautio præftet? Procurator an *Cautionem* præftet?

#### CONNEXIO.

Dicitur eft, quòd licet hodie etiam per alios in *Judicio* expectari. Jam verò cum decantata regula fit, quòd nemo, rei alienæ defenfior idoneus fine *fatisfactione* eße, intelli-

gatur, l. in eo 110. ff. de R. J. Ideò rectè ferie hic fubjicitur *Materia* *Titulum* de *Satisfactionibus*; ut autem ifta *Titulus* plenius percipiatur, sciendum eft, Verbum *Cautiois*, & Verbum *fatisfactionis* fimpliciter *confundi*, ceque fumi vel *generaliter* & *latè*, vel *fpécialiter*, & *fpécialitè*. *Cautiois* fiquidem nomine *generaliter* fumptò continetur omnis *Securitas*, feu omne id, quo quis *cautionis* & *Securior* redditur.

Hinc, ut cautio à *fatisfactione* diftinguatur, dividitur in *cautionem fimplicem*, & *idoneam*. Illa propriè, & *fpécialitè* cautio dicitur, quæ eft nuda *repromiffio* abfque *interveniente* *pignori*;

vel fidejussoris, l. 35. §. 1. l. 33. §. 3. Cod. de Epof. & Cky. Huic cautioni si Imperandum accedat, cautio juratoria vocari confuevit, de qua §. 2. h. t. Hæc dici solet satisfactio, quæ sit vel pignorum, vel fidejussorum, l. 21. ff. de confis. pecun. Harp. n. 4. §. 6. Hinc in varias variis species difpofunt. Alia enim est *necessaria*, quæ à *Magistrato*, vel à *Legē* imponuntur, v. g. cautio, quem præstat tutor, rem pupilli satum fore, de qua nos agimus in Lib. I. Alia *voluntaria*, quæ ex partium consensu inungitur. Quarum illæ perumque in contrahibus inter partes in fieri solet. Alia *judicialis*, alia *extra-judicialis*. Illa in Judicio; hæc extra illud præstari solet. In hoc Titulo agitur duntaxat de satisfactione *necessaria*, & *Judiciali*. Cujus species tres occurrunt, puta; *Judicialis*, rem ratam haberi, & *judicium solvi*. Prima est, quæ reus conventos promittitur, & cavet, se in judicio permanfurum usque ad exitum litis. Secunda est, quæ procurator cavet, dominum restitutum id, quod agit. Tertia, quæ reus cavet actori, se id, ad quod condemnabatur, soluturum. Schenk. hic.

## AD PRINCIP. ET §. SI VERO L.

In hoc princip. & §. 1. Imperator enarrat Jus antiquum, quod videlicet olim obtinuit. Et quidem si in rem agebatur, possessor, i. e. reus [ siquidem in actionibus in rem reus est is, qui possidet, §. 1. & 2. Inst. de act. ) a Prætorē compellebatur satisfacere judicatum solvi, h. e. cogebatur, promittere, quod visus rem ipsam restituere, aut si rem restituere non posset, litis, i. e. ipsius rei, de qua lis fuit, æstimationem solvere vellet. Equidem multo magis procurator rei sa-

tisfare cogebatur, l. 40. §. 1. ff. de Procurat. Actor verò non cogebatur satisfacere in Judicio reali. Quia reus ille est, à quo petitur, & qui oppugnatur, & qui vel damnetur, vel absoluitur, ut cautio actoris supervacanea foret. Procurator tamen actoris satisfacere tenebatur, ratum rem Dominum habiturum. Tutores verò, & curatores tenebantur eodem modo cavere, quo procuratores, nempe de rato, & Judicatum solvi. Cum tamen illi, Dominorum loco, haberentur, istud cautio de rato ipsis remittebatur Harp. n. 14. & 15. In actionibus in personam ex actoris quidem parte eadem quoque observabantur, ut, si dominus ipse ageret in personam, nihil quæret, si procurator ejus, satisfactionem de rato præstaret, l. 23. ff. de Procurat. Reus autem, si proprio nomine actionem in personam suscipiebat, satisfacere, judicatum solvi, non cogebatur; sin alieno omnino satisfacere tenebatur, judicatum solvi, l. 5. ff. quib. ex cau. in poss. actor, cum in re aliena nemo sine satisfactione idoneus defensor existat. Ratio porro differentie; cur is, qui suo nomine in rem actionem suscipiebat, satisfaceret; qui verò in personam, non etiam, hæc erat, quia actio in rem metuendum erat, ne reus male sibi conficiat, rem corrumpere, agris destruere, tecta dissipare, &c. Alii, ab eo, cujus in personam agitur, nihil timere metuitur, quoniam non in certam aliquam rem; sed in universum ejus patrimonium agitur. Harp. hic. n. 17. & 18.

## §. SED HODIE. 2. &amp; 3.

De Jure novo, siue reus conveniatur actione reali, siue personali, non

tenetur satisfacere, *iudicatio solvi* : sed tantum *iudicio fisci*, i. e. quod in iudicio permanere usque ad terminum litis; seu ad sententiam definitivam, nec ab eo sine venia recedere, & ubi succubuerit, quod impensas litis premiare velit. *Perrz. hic*. Ratio autem quare cavere non debeat Reus, iudicium solvi, est, quia superflua remedia in lucienda non sunt, *l. hac stipulatio §. 2. ff. ut Legat. num.* atqui *hic cautio videbatur esse superflua*, quia absque ea reus ad iudicium solvendum, cogi poterat. *Mans. n. 2.*

4. *Q. Quomodo ergo res istam cautionem prestat?* *Rsp.* a miniculo distinctionis, vel enim possit et bona immobilia sub illo iudice, vel non. Si prius, quia non est periculum elusionis, sufficit sola cautio promissoria, seu nuda, *l. pen. ff. satisfacere cogens*. Si posterius, hoc est, si non habeat bona immobilia, aut non sufficiente, tenetur satiare, i. e. per fideiussores: vel per pignora cavere iudicio fisci. Quod si vero neque per fideiussores, neque per pignora cautionem prestare valeat? admitatur ad cautionem juratoriam. Quin etiam prestare viderit et, & dignitate prestantes, *l. pen. & ult. Ord. de dignit. Ord. 2. obs. 44 n. 10. Harp. loc. n. 4. & seqq.* Illud tamen non refert, siue personam illustres corpore juratum præstent, siue promittant sub fide, & dignitate, *bey Fürstlichen, Priesterchen, Adelsleuten, Ehr und Truen. Ord. 1. obs. 101. & obs. 59.* Hic tamen, quomodo Reus? Sequitur, quomodo Actor satisfacere? Qui si suam ipse actionem instituat, non satisfacit; nisi, quod intra duos menses à tempore portio libelli liem contestare velit, & in ea usque ad finem perseverare. Item, quod expensas si contrarius litigator

esse appareat, persolveturus sit; *Nov. 96. cap. 1. Nov. 112. cap. 2. Auth. libellum. Cod. de delat. Mans. n. 27.*

Sed quid? si actor procuratorem litiget. *M.* Si procurator mandatum probet, vel præsentis homini habeat auctoritatem, non satisfacere tenetur, *de rato l. 1. Cod. de satisfact.* quid enim opus est cautione, ubi constat de voluntate domini, qui dum procuratorem litigit, ipse litiga et videbitur, *Perrz. hic*. Extra istos casus procurator de rato cavere tenetur, *§. 3. hic*. Ut autem ad istam de rato cautionem admitatur, requiritur, ut saltem aliquod mandatum habeat, puta, generale, quia est procurator omnium bonorum, aut dubium, *l. 3. §. si procuras ff. de novi operis unum. Item, l. 3. §. 2. ff. ut in pss. actor.* Nam, si procurator nullum penitus mandatum habeat, & de hoc evidenter constat, ad agendum penitus non admititur, *Mesemb. in parat. n. 6. ff. de procurat. Mans. n. 9. hic*. Nisi sit persona conjuncta, pro qua vult agere, *l. maritus. l. extraneus C. de Pro-curis.* conjunctæ enim personæ in ascen sentibus in infinitum: et in collateralibus usque ad quartum gradum, etiam sine mandato, pro invicem agere possunt, *Chling. q. 4. hic. & Mans. loc. cit. n. 10.*

#### AD §. EOD. EM

Quid item Juris? si *maiores*, vel *curatores*, vel *similes personæ*, qui alienarum rerum administrationem gerunt, quales sunt v. g. *Syndici, Oncologi, Rectors, &c.* Nos ipsi non, sed per alios agere vult? *M.* Quod idem de Actore, ob id genus personis constituto, dicendum sit, quod de procuratore, & pariter de rato cavere debeat; nisi habeat absentium spe-

ale mandatum, aut presentium authenticitatem, confirmationem. Dixi: *de aſſore*, quia *Tutor*, *Sindicum*, *Procurator*, *Reſtor*, &c. ante litem contestatam non sunt Domini litis; nemo autem dicitur, constituere procuratorem, nisi dominus litis, *Mura.* n. 14. Sanè, si tales personæ ipsæ ligare velint, nullum tenentur satisfactionem præstare, cum pro dominis habeantur, l. 7. § 5 ff pro empto. l. 27. ff. de Admonst. § pericul. ant. *Harp. num. 5.*

## §. SI VERO. 4.

Si reus conventus per procuratorem respondere velit, refert, num reus abſens; num præſens sit? Si præſens sit, potest vel ipse in iudicium venire, procuratorem declarare, eumque confirmare, præstando cautionem, iudicium solvi. Vel potest etiam extra iudicium pro procuratore suo eandem cautionem iudicium solvi, cum omnibus clausulis præstare ita, ut is sui procuratoris fideiussor quodammodo existat. Ut verò magis cautum sit, debet etiam omnia sua bona hypothecæ subicere, sive in, sive extra iudicium constituerit, vi cuius hypothecæ tum ipse, quam hæredes conveniri possunt. Præterea cavebit & hoc, quòd tempore recitandæ sen-

tentiæ in iudicium veniet, vel si non venerit omnia daturus sit vel ipse, vel fideiussor, quæ in damnatione continentur, nisi fuerit provocatum. Ita, *S. h. umb. hic.*

## §. SI VERO REUS 5.

Quòd si verò reus præſens non fuerit, ex quacunque demum causa id contingat, potest quilibet, qui vult defensionem ipsius suscipere, tam in reali, quàm personali actione, dummodò cautionem præstet, *iudicium solvi*. Ratio est, quia (ut *sapienter* decantatum) nemo defensor rei alienæ: sine satisfactione idoneus esse, intelligitur.

## §. QUÆ OMNIA 6.

Quæ hæctenus dicta sunt, omnia apertius & perfectius quotidiano iudicium usu in ipsis rerum documentis, i. e. ex praxi apparent.

## §. QUAM FORMAM FIN.

Supradictis satisfactionum formas, & modos aut hoc, §. *Justin.* non solum in hac regia urbe (intellige *Constantinopoli*) sed etiam in omnibus aliis provinciis observandos esse. Num apud nos adhuc omnia usque servantur, praxi docbit.

## TITULUS XII.

## DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUÆ AD HEREDES, ET IN HEREDES TRANSEANT.

## SUMMARI A.

Quæ actiones sint temporales? quæ perpetuæ?

2 Per litem contestationem quomodo perpetuatur actiones?

3 Actiones quæ transeant ad heredes?

§§§§ 3. 4. 16

4 *Actiones penales ad heredes non sunt transitorie.*

5 *Actore, nihil probante, rem absoluitur.*

**R**ecensentur in hoc titulo adhuc *due* actionum divisiones, quod alie sint temporales, alie *perpetue*. Alie in heredes transitorie. Alie non sunt transitorie, de quibus in ordine. Actiones perpetue olim dicebantur illae, quae perpetuo sive in aeternum, sine ulla temporis praefinitione proponi poterant. Huiusmodi actiones erant omnes illae, quae ex aliquo iuris civilis parte descendunt, veluti ex *lege, plebis scito, Scito, Principum placito, vel responsis prudentum*. Ratio, quia qualis est *causa*, talis est *effectus*; at qui *causa*, puta, *lex civilis*, potestas, & *Jurisdicctio* erat perpetua, ergo & actiones, ex *Jure civili* descendentes. Verum, hodie per constitutiones Principum, ut aliquis licium finis esset, certi fines omnibus actionibus praescripti sunt, nimirum tales, ut omnes actiones civiles, tam personales, quam reales regulariter 30. Annorum spatio, vel ad summum 40. Annorum extinguantur, prout fufius dictum, *lib. 2. Inst. tit. 7.* adeoque actiones, quae 30. vel 40. annis durant, vocantur perpetuae. *Manz. n. 30.*

#### AD VERS. EAS VERO.

Vidimus, quae actiones dicantur *perpetuae*; Sequitur de *temporalibus*; temporales autem actiones illae dicuntur, quae annis tantum durant, quales sunt ferè omnes actiones Praetoriae, quas Praetor, supplendi iuris Civilis gratia, introduxit. Ratio, quia Praetoris imperium uno tantum anno durabat, & ea propter actiones, ab eo

introducitur, ferè omnes sunt annales. *Perez. Inst. hic.*

Dixi: *ferè omnes*, liquidem sunt etiam Praetoriae actiones, quae perpetuo, i. e. 30. vel 40. Annis durant, nimirum illae, quae sunt rei persecutoriae, & Nō. quae *Juris Civilis* rigorem non emendant, sed potius deductum suppleant. Qualis est *l. Pos. sessoria hereditatis petito*, quae datur illi, qui de *Jure* quidem civili non est haeres, sed de *Jure praetorio* ad successionem, & bonorum possessionem admittitur. De qua vide. *Lib. V. ff. Tit. 3. l. l. fideicommissoria hereditatis petito*, de qua est integer *Tit. Lib. V. ff. tit. 7.* quae datur *fideicommissarius*, postquam ex *SCto Trebelliano*, haeredem est restituta, ad prosequenda bona hereditaria. *Manz. n. 32. Et seqq.*

Dixi notabiliter, quae *Jura Civilia Rigorem non emendant*, &c. Hinc actiones, *reversoriae, Pandiana readhibitoriae, quanti minoris*, &c. licet sint rei persecutoriae, uno tamen duntaxat anno durant, §. 6. *Inst. de act. Schamb. hic. Et Schmid. n. 4. Chling. Q. 1. hic.*

Dico: si metu coactus, alteri vendidit, valet emptio, & venditio; *l. 10. ff. quod metus causa*; & tamen, cum rescindendi causa actio, quod metus causa, à praetore etiam post annum (saltem in *frapsum*) datur, *l. 14. §. 1. ff. eod.* ergo, licet actiones Praetoriae *Jus Civile* emendant, & eo *Jure* validos contractus rescindant: tamen sunt perpetuae. *xx.* Hoc in actione, quod metus causa, esse singulare propter delictum à metu incutiente factum, ratione cujus praetor quod metu gestum est, nullò tempore, quoad rei persecutionem, voluit tantum habere *l. 21. §. 1. ff. quod met.*

not. causi &c. Ching. loc. cit. ob. not.  
Mans 36.

## AD VERB FURTI QVOQUE.

- Certum est actiones *Prætorias* penales utili Juntaxat anno durare, v. g. actiones *vi bonorum raptorum*, de albo corrupto, injuriarum, &c. Excipitur tamen actio *furti manifesti*, quæ licet ex pignus Prætoris Jurisdictione proficiatur; tamen perpetuo datur, absurdum enim est, eam anno terminari, fortè ob odium; quod istæ actio secum ducit. Illud adhuc notandum, quod actiones, de natura sua temporales, ex accidenti fiant perpetuæ, nempe per litis contestationem. Ratio, habetur in l. 239. ff. de R. J. quia omnes actiones quæ morte, aut tempore pereunt, semel inclusæ Judicio, salvo permanent. Ita, ut in *Regulam* abierit, litis contestatione litæ perpetuatur, l. ult. cod. de præscript. 30. vel 40. ann.

## §. NON AUTEM I.

- 3 In hoc §. traditur altera *divisio*, puta, quod actiones aliæ sint *transitoria* ad heredes, alim non sint *transitoria*.

Quæ ergo, quarum actiones sint *transitoria* ad heredes? & cum distinctione. Utrum actiones descendunt ex *contractibus*, utrum ex *negotio*? Item, utrum sint *persecutoria rei*, an verb *persecutoria persone*? quo prælibato,

§. I. si actiones descendunt ex *contractu*, vel quasi, tunc (regulariter) omnes activæ, & passivæ transeunt ad heredes, l. Ex *contractibus* 49. ff. de O. Et A. tum; quia heredes, in universum jus defuncti succedunt, ejusque personam repræsentant; tum, quia, licuti is, qui contrahit, non capitur

sibi, sed etiam hæredibus censetur prospicere, ita non sè ipsum duntaxat: sed etiam heredes obligat. *Persa. Inst. hic.*

Hoc tamen *Limitat* ipse Imperator in *textu*, ut etiam, si actio ex *contractu* oriatur contra tamen hæredem defuncti non competat; puta, cum *testator dolose versatus sit*: quæ verba variè variè interpretantur. Placet, quod de eo casu sint intelligenda, si defunctus aliquem dolò induxerit ad contrahendum, qui alias contrahiturus non fuisset, hoc enim in casu actio contra hæredem dari non potest, quia negatur *suppositum*, actionem dari, nam *contractus*, cui dolus causam dedit, ipso Jure nullus est. *Mans. n. 6. & 7. aliter Harp. Et Schamb. hic.* Hoc tamen iterum in *Textu sublimitatur* nisi aliquid à defuncto ad hæredem pervenerit, quoniam omnia lucra iniqua ab hæredibus extorquentur, l. 1. ff. de eo per quem fuit.

§. II. si actiones penales descendunt ex delictis, adversus hæredem non competunt. Unde, si quis furtum fecerit, aut rem meam vi rapuerit, aut injuriâ me affecerit, aut damnum mihi dederit, licet contra ipsum haberem actionem furti ad quadruplum, vel duplum, vel vi bonorum raptorum, vel injuriæ, vel læsæ Aequilæ, mortuò tamen fure, rapto, injuriante, aut damnificante, adversus hæredem nulla mihi actio datur; est enim certissima Juris regula, ex maleficiis actiones penales in hæredes rei non dari, l. 38. l. 111. §. 1. ff. de R. J. Ratio rationis; quia delicta tenent suos authores, c. 2. p. de his, qui sunt à major. part. & mors omnia solvit. Nov. 22. cap. 20. Regula ergo est, actiones penales, ex delicto descendentes, in hæredem non dari hæc



hæc tamen regula ut procedit, requiritur, ut actiones pœnales, sint merè, pœnales, & præterea ex delicto descendant. Ita, *Manz. n. 16.*

Ex quo inferitur L. Si actiones pœnales descendant ex contractu, quod *actiue* & *passiue* transeant ad hæredes, tales autem actiones sunt actiones *adictiæ*, de quibus, *suprà Tit. 9. §. ult. Manz. n. 17. & Harp. n. 3.* vel actiones, quæ competunt ad pœnam aliquam conventionalem, L. 27. ff. de act. empti. talis enim pœna non tam ex delicto, quam ex contractu debetur. Inferitur II. si actiones pœnales non sint merè tales, sed rei persecutorie, quod in hæredes transeunt. Sic conditione furtiva hæres furis tenetur in solidum, etiam si res apud eum non existat, imò, etsi nihil ad eum pervenerit. L. 7. §. 2. ff. cod. ita *Schamb. §. 14. Inst. de act.*

#### §. SUPEREST FIN.

- 3 Post integrum tractatum de Actionibus Imperator aliquid subjungit de

eventu litis, qui in eo consistit, quod actor non probante, reus absolvatur, L. 4. Cod. de edend. probatio verò condecernatur.

Sed dicas: si reus aliquando absolvitur, & aliquando condemnatur, quomodo verum est, quod omnia iudicia absolutoria sint; prout dicitur in hoc textu? R. Dominationem fieri à frequentioribus; frequentius autem contingit, reum absolvi, quàm condemnari. *Manz. n. 3.*

Dixi: probante actore, reus condemnari. Hic explicat Imperator, quomodo possit contingere, ut actor suam intentionem plenè probet, & tamen reus absolvatur, atque, id fieri contingit quando reus lite pendente, ante sententiam, bonam fidem agnoscens, satisfaciatur actori, eique rem restituit cum fructibus; reddatque sumptus, in litem factos, hoc enim casu convenit officio Iudicis, reum absolvere, nihil enim actor tunc amplius habet, de quo conqueratur.

## TITULUS XXIII. DE EXCEPTIONIBUS.

### SUMMARI A.

- 1 Quid sit exceptio?
- 2 Et quotuplex?
- 3 Exceptio, quod metus causa?
- 4 Et exceptio doli, quando locum habeant?
- 5 Et 6 Exceptio erroris, & exceptio non numerata pecunia quid sint?
- 7 Exceptio pacti de non petendo, quando opponi possit?
- 8 Et 9 Quid sit exceptio Juris iurandi, & rei iudicata?
- 10 Qua dicantur exceptiones Prætorie?
- 11 Qua civiles?
- 12 Item qua peremptoria; & qua dilatoria.

### CONNEXIO.

Judicium ex tribus personis, puta, actore, reo, & iudice constare in propatulo est; Hucusque actorem instituximus, quomodo debeat agere, & quam actionem movere possit? nunc

reus

reus quoque instruat, necesse est, quomodo se defendere debeat. Quae ipse defensio, alio nomine, nuncupatur exceptio, ideo introducta, quia saepe accidit, quemadmodum ipse Imperator faceret, ut licet ipsa persecutio, quae actor experitur, in se spectata, in theli, in abstracto, vel in genere loquendo, vel summo? Jure Civili in peccato, iusta sit, tamen in hypotheli iniqua, sic adversus eum, cum quo agitur, sicut in decursu demonstrabimus. Hanc est, quod *Argoteles* dixit: *sape, quod iustum est, iniustum est.* *Manz. b.c.*

## §. V. G. I.

- 1 In hoc §. declarat Imperator tres exco-  
tionem, quod metus causa, exceptio-  
nem, doli, & exceptionem erroris,  
quae in factum vocatur. Persequimur  
nos in specie de istis exceptionibus  
agemus, juxta dixisse in genere, quod  
sit exceptio? quae *Definitur*, quod sit  
actionis exclusio, sive ratio a qua ad  
defensionem sui allata, quae actorem,  
sive de Jure, sive de facto tantum  
agat, repe it, l. 1. l. 2. ff. b. i. Alia  
est Juris, & alia facti. Exceptio juris  
est actionis exclusio, sive illa,  
quae praesupponit adhuc existentem  
actionem. Ut ecce, debes mihi ex  
causa mutui centum, facio tecum pactum  
de non petendo. Ecce, ex Juris  
principiis clarum est, per istud nu-  
dum pactum obligationem civilem non  
tollit, ergo manet adhuc obligatio ci-  
villis, ac per consequens contra te ha-  
beo actionem. Quam tamen, si in  
judicium deducam, repellere me pote-  
ris exceptione pacti de non petendo,  
& haec vocatur exceptio Juris, utpo-  
ter ad Institut.

te supponens praexistentem actionem.  
Exceptio facti est, quae non suppo-  
nit praexistentem actionem; sive quae  
repeletur is, qui nullam actionem ha-  
beret, sed de facto duntaxat agit velu-  
ti si exempto vel vendito tecum age-  
re vellem, cum tamen emptionis, &  
venditionis contractus inter nos nul-  
lus sit initus. His in antecessum po-  
situs, sequitur.

*Prima exceptio, quod metus causa, 3*  
quae tunc locum habet, quando quis  
per vim, vel metum coactus aliquid  
promissit. Licet enim ille, qui metu  
coactus sit promissit, Jure Civili obli-  
gatus sit, nihilominus quia iniquum  
est, eum condemnari ideo datur ipsi  
exceptio, quod metus causa, ad eli-  
dendam, & infirmandam actionem.  
Hinc, si is, cui metu coactus pro-  
missit, contra me agat, prout in ri-  
gore Juris potest, quia coacta volun-  
tas est ejusdem voluntas, l. 21. ff. quod  
met. caus. dico, verum quidem esse,  
quod promissum, sed metu inductus;  
acquis autem esse, ut quod metu  
promissum est, non solvatur: licet  
enim coactus velit, non tamen vult,  
sicuti volens, *Harp. nam. 5.*

*Secunda exceptio vocatur, exceptio 4*  
doli, quae tunc locum habet, cum  
quis dolo inductus est ad promitten-  
dum, v. g. induxi a iquem dolo, per-  
suscipiendo ei, me esse amicum, cum  
non essem, ut mihi per stipulatio-  
nem aliquid promitteret: Illi promi-  
sit, ex qua promissione nascitur obli-  
gatio, ac promde actoris movet.  
Hoc in casu potest metus actio per  
exceptionem doli elidi, dicendo, quod  
quidem promiserit sed dolo indu-  
ctus; Juris autem sit, quod doli  
nulli debeat prodesse. *lib. 1. §. 1.*

T E T

§.

*ff. de except. Schamb. hic.* Hanc exceptionem doli, ut plenius percipias relege, quæ diximus, *ad §. 30. sup. de act.* quo in loco latè deductum, quando, & quem contractum doli faciat nullum. Quo viso, sic statue, si ex contractu nullo agatur, dabitur quidem exceptio, sed facti &c. Si contractus adhuc teneat, & tamen agatur, dabitur exceptio Juris. *Schamb. hic.* Illud non ignorandum, licet actio de dolo sit biennalis. *l. 39 §. pen. ff. de peccul.* exceptionem tamen doli esse perpetuam. Ratio, quia, quæ sunt ad agendum annua, vel temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua. *Harp. n. 34.*

*5* Tertia exceptio est exceptio erroris in factum, quæ tunc fortitur locum, si quis errore lapsus stipulanti promiserit, quod promittente non debuerat. Velut si putans me reb' centum debere, forte ex mutuo, quæ tamen non debebam; eodem centum illi stipulanti promiserim certo die me solu urum. Hoc in casu, si adversus me m. veas actionem ex stipulatu, potero tam per exceptionem erroris in factum elidere. *Harp. n. 35.* Sane ut intelligas, an exceptio facti, vel Juris locum habeat, inspiciendum est, num sit error si bstantialis, num accidentalis. Si prius, facti, si posterius, Juris exceptio in factum locum fortitur. *Manz. n. 25. Et j. 97. Et nos sup. in ut. de empr. Et vend.*

#### §. IDEM JURIS 2.

*6* Quarta exceptio appellatur exceptio non num. aut pecunie, de qua vide, *lib. 3. Tit. de litterar. oblig.*

#### §. PRÆTEREA 3.

*7* Casus hujus paragraphi talis est: de-

beo mille Titio ex mutuo. Titius nudo pacto mihi promittit, se istos mille nunquam petiturum, non obstante hoc pacto, noluminus adhuc obligatus maneo; *l. 27. §. pactu ff. de pact.* quoniam pactum non est modus tollendi obligationem. Quod si verò non obstante hoc pacto me Titius conveniat, potero ipsum repellere per exceptionem pacti de non petendo, eò, quod iniquum sit, contra pactum suum venire, & me condemnari, cum grave sit fidem datum fallere. *Schamb. hic. cit.* Illud non omittendum, quod usus exceptoris pacti, de non petendo latissime pateat, ejusque exempla in Jure passim sint obvia, non tantum in quibus expressè convectus est de non petendo, verum etiam ubi tacite inter debitorem, & creditorem id convenisse lex præsumit. Ute reddidit debitori meo cautione debiti, pactus tacitè videor, ne petam, *l. 2. §. 1. ff. de pact.* sic, qui usuras in futurum à debitore recipit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus fortem petat, *l. 57. ff. eod. Harp. n. 14.*

#### §. ÆQUE, SI DEBITOR 4.

*8* Sexta exceptio vocatur exceptio Jurisjurandi. Cujus talis casus figurari potest. Titius v. g. possidet equum à parte rei meum. Illum peto, & cum neget equum esse meum, ne diu lis protrahatur, defero illi Juramentum, ut juret equum esse suum. Jurat Titius. Tali calu à parte rei adhuc equus manet meus, quoniam tamen, si per actionem petam, repellat me Titius exceptione Jurisjurandi; nam ego, deferendo Juramentum, videor cum eo transigisse, si juraverit quòd non amplius equum petiturus sim, quòd cum præstiteris, non amplius queritur,

ur, an sit metus, sed an juratum sit, l. 1. §. 1. *de j. jur.* l. 1. §. 3. ff. *cod. de h. l. hic.*

### §. ITEM SI IN JUDICIO 5.

- 9 Septima exceptio nuncupatur exceptio rei judicate, quæ hoc exemplo patebit. Aliquis à parte rei, verè reus & debitor per sententiam Judicis à re petita absolvitur, talis revera à parte rei manet debitor, *text. hic. in l. 60. ff. de condit. indeb.* Sententia enim obligationem non tollit. Quia tamen sententia; postquam in rem Judicatam transivit, pro veritate habetur, idcirco, si actor iterum petat, exceptione rei judicate repellatur. Quæ tamen exceptio, ut locum habeat, tria concurrant necesse est. I. ut eadem res in posteriori judicio petatur, quæ in priori petita fuerat, l. 12. l. 13. l. 14. ff. *de except.* alia enim res facit aliud judicium, II. ut sint eodem personæ, l. 3. ff. *de except. rei jud.* res enim inter alios acta aliis non præjudicat, & sententia inter alios dicta, aliis nocere non debet. III. ut ex eadem causa agatur; ex nova enim causa licet iterum agere. *Manz. n. 13. Et seqq.*

### AD §. HÆC EXEMPLI 6.

Dicit Imperator, quòd hæc exempla hoc retulisse sufficiat; plura enim in latiora digestorum volumina congestis, de quibus non vacat agere.

### §. QUARUM 7.

- 10 Diximus in §. 1. aliam esse exceptionem Juris, aliam facti, quam posteriorem non esse propriam exceptionem vulgare dogma est; Unde prima hic exceptionem divisio datur,

scilicet, quòd exceptiones alie sunt Prætorie, alie civiles Civiles sunt, quæ ex causa civilis, puta, ex lege S. Cito, plebiscito, vel aliis civilibus speciebus descendunt. Cujusmodi est exceptio S. Citi Macedoniani, & vel l. jani, §. 1. *quod cum eo, qui in aliena potest.* &c. Item exceptio divisionis inter p'ures fideiussores, & reos dividendi, §. 4. *sup. de fideiuss. l. fin. Cod. de const. pecun.* exceptio declinatoria fori, l. 7. ff. *qui soliditate cog.* exceptio non numeratæ pecunie, *tot. tit. de lit. Oblig.* nec non exceptio solutionis, novationis, prescriptionis &c. *Harp. n. 1.* Prætorie sunt, quæ ex jure prætorio oriuntur; cujusmodi sunt antè recensitæ, exceptio puræ, doli metus, pacti de non petendo, Jurisjurandi, &c. In effectu nihil refert, exceptio civilis sit, an prætorie; quia omnes durant in perpetuum ex regula illa vulgari, quòd temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum, l. 5. §. fin. ff. *de doli mal. except.* *Manz. n. 4.*

### §. APPELLANTUR 2 §. PERPETUÆ 9.

#### ET §. TEMPORALES IO.

In his paragraphis traditur Secus II divisio exceptionum desumpta à fine & effectu. Dicunturque alie perpetuæ, seu peremptoriæ, alie vero temporales, seu dilatorie. Perpetuæ, & peremptoriæ sunt, quæ non tantum ad tempus actorem à limine judicii repellunt, sed semper in æternum agentibus obstant. *Text. hic.* Unde, & peremptoriæ vocantur, quòd potius litem permant, extinguant. Id genus sunt exceptio doli mali, quòd metus causa, pacti de non petendo. *Jurisjurandi.* & plures alie, quas noveris, si intellexeris, quænam dicantur ex-

ceptiones temporales. Exceptiones temporales, seu dilatoriae. Ilae dicuntur, quae ad tempus duntaxat nocent, & temporis dilationem solummodo tribuunt. Sive quae actionem aliquamdiu tantum retardant, non vero omnino tollunt. Tales sunt exceptio incompetentiae, scripturae satisfactionis, item exceptio pacti de non petendo ad certum tempus &c. Nullaque fac, quod quis me vocaverit ad talem iudicem, qui in hac nilam habet jurisdictionem, nec vo avertit me tempore missis aut vendemiarum, aliò die feriatis, &c. vel denique, quòd quis alienò nomine litem mihi moveat, & neque mandatum procuratorium producat, neque satisfactionem praestet. Hic in casibus possum actio-

rem repellere per exceptionem incompetentiae, scripturae, illegitimationis, satisfactionis, &c. *Manz. num. 8.*

#### §. PRÆTEREA FINAL.

Dictam autem dilatorias exceptiones esse, quae iudicium retardant, ad illas quae spectant exceptiones procuratoriae, quae illi opponuntur, qui alienò nomine procuratores, & actores esse, contendunt, & tantum procuratores esse possunt, v. g. *miles, miles, &c. hysans*, quod possit esse procurator, hic innuitur. De praxi aliud obtinet, & sicuti advocatus, ita etiam procurator debet esse persona honesta, *Garl. 1. obs. 43. numero 7.*

### TITULUS XIV.

#### DE REPLICATIONIBUS.

##### SUMMARIA.

1. 2. 3. & 4. *Quid sit replicatio, duplicatio, triplicatio, & quadruplicatio?*

§ *An exceptio, competens principali, competat & fideiussori?*

##### AD PRINCIPIMUM.

**R**eplicatio nihil est aliud, quam exceptionis *Elisio*, seu *Defensio*, quae amor rursus reum, contra te excipientem, repellit, v. g. Titius mihi debet 10. Aureos, petii illos, hinc petitio vocatur *actio*. Titius ait, quòd fecerimus pactum de non petendo, quae responsio vocatur *exceptio*. Ego oppono, quòd postea in contrarium

pacti sumus; ut iterum petere liceat, quae opposito vocatur *replicatio*.

#### §. RURSUS 1. ET §. 2.

Saepe accidit, ut contra replicationem ulterius aliquid allegetur, quae allegatio vocatur *duplicatio*. Contra quam si iterum aliquid opponatur, dicitur *triplicatio*, & ex quòd exceptio, super triplicationem facta nuncupatur *quadruplicatio*, & super quadruplicationem exceptio posita, dicitur, *qui duplicatio* & sic deinceps. Res exemplo patebit. Vendidi Titio equum meum, cum autem pretium non solveret, conveni eum in iudicio, ubi actio proponitur ex vendito. Titius objicit, quòd cum illo convenierim

ex postfacto, ut primum post annum solveret. En, exceptionem pacti, Ego R. verum quidem id esse; sed quod postea cum eo transigerim, aliquot aureis remittendo, ut citius solveret. En, replicationem. Tertius dicit, se istam transactionem inisse metu. En, duplicationem. Ego dico: metum fuisse duxerat leviem. En, triplicationem. Tertius ait, fuisse gravem. En, quadruplicationem.

## §. QUARTUM. 3.

Ne detur processus infinitum, iudicis officium est modum A legationibus imp. nere.

## §. EXCEPTIONES FIN.

- 7 Q. in hoc §. an exceptiones, quæ debitorum princeps concessa sunt, etiam fidejussoribus dentur. R. I. Exceptiones reales, quæ debitori principali dantur, prodesse etiam fidejussori, l. 21. §2. ff. de p. R. Ratio, quæ, quod à fidejussoribus petatur, id ab ipso de-

bitore peti videtur, cum fidejussor per mandati act. onem à Debitore, quæ solvit, repetere possit. *Manz. n. 2.* Ex quo sequitur, quod, si v. g. debitor pactus fuerit cum creditore, ne debitum peteretur, & creditor nihilominus peteret à fidejussore, hic se exceptione pacti de non petendo tueri posset, d. l. 21. *Harp. num. 4.*

R. II. Exceptiones personales, quæ debitori competunt, fidejussori non prodesse, *lib. 9. ff.* Ratio, quia beneficia personalia perso. de except. nam non egrediuntur, l. 78. l. 196. ff. de R. J. Exemplum ponit Imperator in debitor, qui bonis cessit, nam, si talis debitor post cessionem à creditore iterum conveniatur, ille se defendere potest per exceptionem cessionis, quæ tamen exceptio fidejussores peti, illud maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis suum consequi, quæ igitur ad majorem creditoris securitatem inducta sunt, non debent in ejus damnum retorqueri. *Manz. num. 10.*

## TITULUS XL

## DE INTERDICTIS.

## SUMMARIA.

- 1 Commendatur materia de interdictis.
  - 2 Judicium aliud petitorium, aliud possessorium.
  - 3 Consistens est intentare possessorem, quàm pretorium.
  - 4 Succumbens in possessorio recurrere potest ad petitorium.
- Inte relictis desinuntur.
- Dantur etiam Interdicta super proprietate.
- 7 Quomodo differant ab actionibus?
  - 8 Alia sunt prohibitoria, alia restitutoria, alia exhibitoria.
  - 9 Quid sit interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est?
  - 10 Casus istius interdicti.
  - 11 Contumax: quis dicitur?
  - 12 Qua sit pena contumacie?
  - 13 Quid sit primitivum, & secundum decretum?
  - 14 Quomodo primum decretum mandetur executioni?

- 15 *Effectus primi decreti.*  
 16 *Uclaub quid sit?*  
 17 *Effectus secunda decreti.*  
 18 *Definitur interdictum ut vñ fiat ei, quid in possessionem missum est.*  
 19. 20. 21. & 22 *Cui? contra quem? & ad quid competat?*  
 23 *Interdictum de morano inferendo, &*  
 24 *Interdictum, ne quid in loco sacro, quid sit?*  
 25 *Interdictum, ne quid in flumine publico, &*  
 26 *Interdictum libero homine exhibendo executio*  
 27 28 29 *Antur interdicta de libero exheredatione, & exhibenda libera.*  
 29. 30 31 32 *Exponitur interdictum, quod sit, non sit.*  
 36. 37. 38 *Explicatur interdictum, quod sit, non sit.*  
 39 *Uque*  
 44 *Executur interdictum Salvianum.*  
 45 *Uque*  
 55 *Declaratur interdictum uti possidetis, & interdictum, utrobi.*  
 56 *Possessio unde dervietur?*  
 57 *An sit Juris, an facti?*  
 58 *Refutantur aliquæ definitiones.*  
 59 & 60 *Traditur definitio possessionis?*  
 61 & 62. *Explicatur definitio possessionis.*  
 63. 64. 65. *Quid sit possessio naturalis, & quomodo dicitur naturaliter possidere?*  
 66 *Quid sit possessio civilis?*  
 67 *Uque*  
 70 *Quomodo acquiratur possessio?*  
 71 & 72 *Apprehensio alia vera, & alia ficta, ejusque exempla.*  
 73 *Res incorporales, quando acquirantur?*  
 74 *Quot aJus requiruntur ad constituendam quasi possessionem?*  
 75 *Quomodo constituitur possessio?*

- 76 *Quibus modis amittatur.*  
 77 *Casus interdicti unde vñ.*  
 78 *Cui competat?*  
 79 *An jussu decessio?*  
 80 *Incontinenti, quomodo dicitur esse factum?*  
 81 *An pradoni detur?*  
 82 *Contra quem detur?*  
 83 *An contra heredes universales?*  
 84 *An admittatur exceptioem reconventionis?*  
 85 *Quæ sint ejus requisita?*  
 86 *Quæ alia remedia pro recuperanda possessione dentur?*  
 87 *Et quid de Jure canonico?*  
 88 *Interdicta alia simplicia, alia duplicia.*

**S**I materiam de Actionibus geminam, hanc de interdictis thesaurum, si illum lumen scientiæ, hanc solem jurisprudentiæ, si illam partem hanc totum pro condigno compellere possis, tanta nimirum interdictorum dignitas, utilitasque. Qua propter impigrè, & alacriter huic insudandum materię, haud aliter; quam si pro aris & focis decertandum foret. Prius tamen, quam ad ipsa interdictorum principia progrediamur.

*Premisso I. duplex in jure nostro reperiri judicium, Puta, petitorium & possessorium. Judicium petitorium est, in quo de sola proprietate, vel alio jure, v. g. piscandi, decimandi, collectandi, &c. diceptatur, extra possessionem, vel quasi, v. g. si actor petat, sibi fundum à reo restitui; quia jure dominus vel quasi dominus, ad se spectare, dicit; vel si asserat, sibi competere jus piscandi, decimandi in illo fundo. Et hoc in casu actor debet probare dominium, vel quasi, l. 23. ff. de R. V. cujus probatio in jure dicitur difficilissima. l. 12. Cod. de probat. aut jus piscandi decimandi sibi*

esse constitutum. *Schneid. Inst. luc. n. 4. Et §. Chlenger. Inst. h. t. 4.* Iudicium possessorium est, in quo de sola possessione rei corporalis, vel quasi possessione rerum incorporalium agitur, extra dominium, v. g. si actor non quidem dicat, fundum, quoad dominium, se ad se spectare, aut sibi in eo venendi, decimandi Jus competere; sed tantum petat, ut vel adipiscatur possessionem rei, quam antea nunquam habuit; vel ut possessionem, in qua turbatur, quietam retineat; vel, si de possessione dejectus sit, illam iterum recuperet. *Schneid. loc. cit. n. 9.* ubi ait, hoc casu, non esse probandum auctori dominium, sed solam possessionem, vel quasi, cujus facilis est probatio.

*Praemissio II.* Simper consultius esse, & utilius, intentare iudicium possessorium, quam petitorium, l. 24. ff. de R. V. Illis verbis: *It, qui de iure iuris, rem petere, animadvertere debet, an aliquod interdictum possit nunciari possessionem; quia longe commodum est, ipsum possidere, Et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere;* ratio hujus est ista, quia, si actor vincat in iudicio petitorio, tunc onus, probandi dominium, rejicit in adversarium, qui si dominium, vel quasi per testes; aut instrumenta probare non possit, causa cadit, tamen si fors a parte rei dominium ad ipsum spectat; cum firpe in iure non deficiat Jus, sed tantum probatio, l. fin. Cod. de R. V. Deinde, hanc quoque ob causam consultius est, primò loco intentare iudicium possessorium, quam petitorium; quia licet in possessorio succumbas, saluum tamen remanet petitorium, ita, ut hoc intentare possis, postquam in possessorio adversam tulisti sententiam: sententia enim lata in possessorio, non

generat exceptionem rei iudicatae in petitorio, l. 15. §. fin. ff. de excep. rei iud. Hinc est, quòd in iudicio possessorio plerumque per sententiam refertur petitorium *Sutlin §. obiter 4. n. 4. ubi: Der Beklagte &c. e. Herum esse ab hoc iudicio erga adores liberum: Si autem velint aliores in petitorio rerum persequi, licet eis ad praxia iuris ordinem facere.*

## AD PRINCIP.

Q. in hoc principio, quid sint, & olim fuerint interdicta? Et respondet Imperator, olim interdicta si esse nihil aliud, quam *formas*, Et certas verborum conceptiones, quibus Praetor aut iubebat, aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quòd tunc maxime fcebat cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur. Verum, cum istae verborum solemnitates id usu esse desierint, nec amplius de iure moderno referat, sub qua verborum forma interd. cta intententur, idèò magis erit cpetere pretium, ad laboris malleare incudem, quid hodie sint, & quomodo appositè definire possint interdicta? ubi praeterea nahi artidet *Zu si* accurata interdictorum descriptio, petra, quòd sint decreta, quae Praetor facit super possessione, aut quasi, cum statuit, apud quem rei controversiae inter duos doceat esse possessio interim, dum litigatur de proprietate. Brevius Pererius definit interdicta: quòd sint actiones extraordinariae de possessione, vel quasi à Praetore datae.

Dixi, super possessione, vel quasi; Ratio est, quia interdicta ad hunc praecipuè finem induta sunt, ut vel acquiratur, vel retineatur, vel recuperetur possessio. Abstrahendo, quis rei possessae dominus sit; erant enim veteres ita comparati, ut vel maxime con-



contenderent de possessione, vel quasi, ideo tunc, quod beati sint possidentes, quoniam fructus eorum: ne ergo ad arma usque devenirent, prius semper de possessione, vel quasi, quam de proprietate cognoscabatur. *Manz. hyl. hic. num. 11.*

## AD V. MAXIME.

## §. SUMMA AUTEM. I.

6 Licet interdicta maximè, & principaliter locum habeant, quando de possessione, vel quasi est contentio, sunt tamen a qua interdicta, in quibus non tantum super possessione; vel quasi, sed etiam super jure & proprietate rei quælibet est, sive (ut clarus loquar) in quibus non sufficit, si quis probet, se possidere, vel possesse; sed, si velit obtinere videretur, necesse habet, ut dicam causam dominii, vel quasi, cur possideat? atque ita de jure suo docere cogitur, unde talia interdicta dicuntur contineri rei persecutionem, seu causam proprietatis, quale est interdictum de mortuo inferendo, in quo actor debet probare jus, inferendi mortuum. Item, interdictum de aqua quotidiana, & continua, ubi non sufficit, si actor dicat, se esse in possessione, ducendi aquam de loco publico; sed necesse est, ut doceat, hoc jus sibi competere, vel à Principe concessum esse, *Schneid. n. 39. Harp. n. 70. Et segg. Schneid. hic.*

7 Porro, interdicta in multis differunt ab actionibus, præcipue verò I. Quod actionibus petatur ipsa res propter jus vel ad rem, vel in re; interdictis autem principaliter petatur possessio, vel quasi. II. Quod omnia interdicta sint Prætorum, non verò actiones, quarum a iuribus Civiles, alia Prætorum. III. Quod omnia interdicta sint personalia, quoniam ex delicto des-

cendunt, quamvis plesaque in rem scripta. *Harp. ad Truul. vol. post disp. 25. th. 1. lit. C.* Actiones verò sint alie reles, alie personales. IV. Actiones causam terminant; interdicta viam sternunt ad proprietatem, *Harp. loc. cit. num. Et sequent.*

Prima, quam Imperator summam, & præcipuam dixit, divisio interdictorum est, quod alia sint prohibitoria, alia restitutoria, alia exhibitoria, *Text. hic.* Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat, aliquid fieri, quorum quatuor hic recensentur. *Primum est, ne vis fiat ei, qui in possessionem nostram est, sive (ut textus loquitur) qui videtur, Et prohibetur cum jure fiat vicio possidentis.* Dicitur autem sine vicio ad hunc tenentem, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet. *Primum tenentem non tantum ad, qui rem vi sine vi invasit, & possidet eam de proprietate expulsi, sed etiam ille, qui a nostra manu venit, & postquam possidet metu violentie fugisse, seu iam vacuum occupavit, l. 1. §. 28. ff. de vi Et etiam arm. Zaf. ff. uti possidet n. 2. clam. possidere dicitur, qui turpiter possessionem est ingressus, ignorante eo quem, sibi controversiam facturum, suspicabatur, l. clam. 6. ff. de acqui. vel amitt. possid.* Ille verò, qui peragre proclatus est, & domi neminem reliquit; reuertit possessionem civilem, & is, qui interdictum clam, seu furtivè possessionem fundi ingressus est, si reuertentem dominum non admittat in possessionem, vi magis possidet, quam clam, seu furtivè. *Struaz. in d. l. 6. n. 2.* Precario possidere dicitur, qui precibus ab altero impetravit, ut sibi possidere liceat, donec à concedente posside-

possessio revocatur; l. 2. Cod. ff. de preario. Zosif. loc. cit. Schamb. Inst. hic. Obingerf. Inst. b. s. g. 20. ob 2. His premis, sequitur interdictum, me ut fiat ei, quo in possessionem missus est.

Casus. Titius mihi debet mille florenos, quos, cum prefixo tempore non solveret, vocavi ipsum in iudicium. Ille tria vice, aut una peremptoria citatus, contumaciter emansit, & non comparuit. Hoc in casu postea petere, me immitti in possessionem bonorum ipsius Titii, cap. quoniam §. 1. ubi ubi ut sit non concessa. Et. hac ergo, ex primo decreto iudicis me in possessionem bonorum Titii immittendum esse; Titium autem temere me impedire, ne forte in possessionem perveniam, vel actu me immittum turbare, vel omnino expellere. Quaestio est, quomodo mihi consulendum sit? Priusquam mentem aperiam, duxi, opere pretium esse, ut duo praeutantur.

11. Primum est, quis dicatur contumax? & quae sit poena contumaciae? Contumax autem ille dicitur, qui, tribus elictis propositis, vel uno pro tribus (quod vulgò peremptorium appellatur) citatus, non comparet in iudicio, & praesentiam sui facere recusat, l. 53. ff. de re iud. Paulo aliter contumacem describit. & fors magis praecise, Etingerwald. l. 1. ob 33. quòd sit ille, qui ius dicenti non obtemperat, nec, quod ipse voluit, agit.

12. Et haec contumacia circa omnes iudicii partes, non tantum circa citationem, versatur, verum etiam, si quis à iudice faciendam, vel respondere iussus sit, & satisfacere, vel respondere detrectet, vel non idoneè satis leat, l. de iure §. nihil ff. de interrog. Gual. lib. 1. ob 30. n. 1. v. l. si. iuramentum praestare recusat, cap. 38. ff.

de Jurjur. Poena contumaciae de iure communi quae sit? videre est ex cit. cap. quoniam. §. 1. in alio X ut, sit non concessa. Et in Merob. de arbit. iud. lib. 3. cap. 365. De usu moderato circa poenam contumaciae illud observandum putat; quàm discendum esse respondet, May in suis Praef. iudicario p. 2. memb. 7. art. 2. De iure Austriaco quid obtineat? vide, Suttin-ger ob 23.

Secundum est, quod duxi praemittendum, quid sit primum decretum? Primum decretum nihil est aliud, quam mandatum iudicis; quò, ob contumaciam rei, actor in possessionem bonorum, custodie causâ mittitur, & ea, pignoris vice detinet, donec reus veniat responsurus, l. 5. l. 8. Cod. de bonis auct. iud. possid. Wesenb. in paratit. de d. m. infect. n. 2.

De consuetudine Austriacâ, h. n. 14 primum decretum vocatur. Der Ansatz: Sent. obf. 112. ibi. Der Ansatz wird zu Latein i. e. ... Ansatz dicitur latine primum decretum, quod conceditur o'ro el'ipfi doctus in mandato (Wannung-ratshilich) praefatus, cum clausula, nisi compareat. Modum autem, quomodo primum decretum mandetur executioni? Suttin-ger. loc. cit. taliter explicat: Wann uno ... i. e. Ubi autem quis primum decretum obtinuit, illud tradit accenso (dem Waisbotten) quem speciali iudicis mandato certa poenam bona capient: hic autem utroque instrumentis Et quidem authentico instructus, eo se confert quo missus est, ostenditque decretum primum, datque huius ut Et manifestum exemplar; quò facto, abjudicis & poena Capiti, vel Domus iudicis in vico, vel Curia in Urbe, lapidum quadratum, in cuius locum, circumstantiam signatam ponit: lapidum autem appendit scriptum executionis à se confectum.

15 Effectus primi Decreti potissimum in eo consistit, quod taliter immixtus consequatur pignus Praetorium. *L. 2. Cod. pign. per. m. pign. hab. l. fin. Cod. de pign. pign. l. 26. ff. pignorat. act.* ita, ut immixtus ex primo decreto praefatur creditoribus chirographariis, & etiam illis, qui posteriori loco in possessionem bonorum immixti sunt. *Sutinger. loc. cit. n. 8. ibi. der altere Aufsatz gibt vor dem jüngern der Prioritat.*

16 Secundum decretum, quod vernacula nostra *Urkund* vocatur, nihil est aliud, quam mandatum iudicis, quod actor, qui ex primo decreto immixtus fuerat, veram possessionem aut etiam dominium, ob contumaciam, & morem Rei, requirit. *L. 7. ff. de damno infecto Wersub. in parat. ff. de s. rem. 6.* Quomodo autem secundum decretum executioni mandetur praxi ut, & usus docebit. Interim vide,

17 *Sutinger. obs. 119. Et seqq.* Effectus secundi decreti est, quod tribuat veram possessionem, & dominium ita, *Diss. der Executions-Werber. . . i. n. Ut qui executionem obtinuit bona sibi retineat, possitque ea vendere, donare, pignori, Et quocunque modo alienare. Sutinger. d. loc. cit. Schwarzenthal. process. jud. lib. 1. ad. pra. 2. c. 7. Fuchswald. lib. 1. obs. 110.*

18 Jam in viam redeo, & ad statum questionis propozita. Mihi consultum esse per interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, *text. hoc. Et in l. 1. ff. ut vis fiat ei.* Et quod desistatur, quod sit actio personalis, Praetoria, rei persecutoria, competens ei, qui permissu iudicis ivit in possessionem bonorum, adversus impediendum, turbantem, vel expellentem, ad hoc, quanti interest actoris, se impeditum turbatum, vel expulsum non esse. *Mora. nov. 18.*

Qui competat? I. competit ei qui ex primo decreto iudicis, propter contumaciam Rei, in possessionem bonorum missus est. II. Et, qui in possessionem legatorum servandorum causa, missus est, *L. 3. ff. de s.* Enim vero, si testator reliquit legata sub conditione vel in diem, tunc illi legata ante conditionem, vel diem extraneum peti non possunt. Interim tamen cavendum est ab haerede, de praestando legato, si conditio existat, & dies adveniat, *act. sit. ff. ut legat. seu fideicom. nov. cav.* Quod si haeres cavere renuerit, legatarius mittendus est in possessionem bonorum, *L. 1. ff. Ut legat. nomiu. cav. jam, si missus in possessionem turbetur, hoc ei interdictum competit. Schneid. n. 18. 111.* Datur ei, qui ex causa damni infecti immixtus est in possessionem aedium vicinarum, prout contingit, quando vicinus metus sedes ruinosas habet, & de damno infecto, cavere recusat, *act. sit. ff. de damno infecto. IV.* Tandem omnibus competit, qui ex decreto Praetoris in possessionem missi sunt. *Harp. n. 5. hic.*

Contra quem competit? Dic. breviter, quod competit contra illum, qui venire in possessionem, impediri, vel immixtum turbavi, vel omnino expulsi. *Schneid. n. 23. Mora. n. 15.*

Que requirantur? Primo à parte Actoris requiruntur, quod à iudice mittatur in possessionem bonorum. Secundo à parte Rei, quod dolo ipsum impediverit, turbaverit, vel deiecerit. Tercio, quod decretum iudicis, instantis in bonorum possessionem tenore. Si enim fuit subreptivum, id est, dolo obtentum, forte, quia actor potest, se ex falso debito immittere, vel quia fuit tale debitum, quod exceptione potuit removeri, decretum ipso iure

Jura est nullum; quare prohibens immisionem, hoc edicto non tenetur, l. 1. §. hoc verba. ff. ne vis fiat ei, Et Schmid. d. 25. Harp. n. 9.

22. Ad quid datur? Praetor in l. 1. ff. d. 2. dicit, rem hoc casu teneri, quanti res est, quod JC. ita declarat, ut quanti scilicet interfuit creditoris, se turbatum, aut ejectum non esse, solvat turbans, vel vi expellens. Quod Schmid. n. 20. ita declarat: si debitum est magnum, puta, 100. Aureorum, & res, in quam creditor missus est, valet tantum 20. tunc reus solvat 20. tantum. Si debitum est parvum, possessio verò multum valet, tunc prohibens solvat interesse, quanti scilicet creditoris interest, in possessionem non fuisse admissum. Scante hac explanatione, hoc interdictum videtur esse personale, adeoque annale tantum l. 1. §. hanc actionem ff. ne vis fiat ei, Et nec transitorio ad haereditas, d. l. 1. §. 1. Zosif. ff. ad. Ego optimam salvo, aliorum, melius sentientium, iudicio, opinor doctrinam esse, si statuitur, hoc interdictum simpliciter datur ad interesse, ut in effectu non differat ab actione in factum. Braun. in d. l. 1. Myasfing. hic. n. 3.

## De Mortuo inferendo.

23. Pro pleniori intellectu nota, quod olim potuerit unusquisque inferre mortuum suum, quò vellet, & ad facere sepulchrum; mudò in suo fecerit sit à alterius detrimentum & extra civitatem; propter factorem enim intra civitatem cadavera sepeliri non leuit, & sic locus per illat onem cadaveris et fiebat religio, l. 2. §. 2. ff. de Relig. Man. n. 20.

Quandèquidem autem hodie apud nos Christianos mortui non amplius

sepeliuntur in locis privatis, sed in Ecclesiis, vel cimiteriis, idè hoc interdictum, saltim directum, locum non amplius habet, si tamen defictò quis prohibeatur, poterit etiamnum hodie utiliter postulare interdictum ad imitationem antiquitatis. Man. hic.

## Ne quid in loco sacro fiat.

Tertium interdictum prohibitorium § Juris Divini est; prohibet enim aliquid fieri in loco sacro, tendens ad deformitatem, & incommoditatem istius loci. Hoc interdictum datur cultibus de populo, l. 10. Cod. de Episcop. & Cleric. adversus eum, qui aliquid in loco sacro vult facere, deformitatem, aut damnum inferendo, l. 1. ff. ne quid in loco sacro fiat. ad hoc, ne edificet, aut, si jam factum est, ut edificatum destruat, & sic respectivè est restitutorium, arg. l. 2. §. 19. ff. ne quid in loco sacro fiat. Illud adhuc notandum, quòd hoc interdictum non tantum ad res & loca sacra se extendat, sed etiam ad loca sancta, l. 2. ff. ne quid in loco sacro, ubi dicitur: in muris, itaque portis, & aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum, vel incommodum irrogetur, non permittitur. Schm. n. 30. Schomb. hic. Illud certum est, per loca sacra non intelligi sacrasium, id est, locum, ubi sacra res reponuntur, l. 1. §. 1. ff. ne quid in lo. sacro. Harp. n. 15.

Ne quid in flumine publico, ripaque ejus fiat, quo pectus navigetur.

Quartum hoc est interdictum prohibitorium. Habebat autem locum in eo casu, quando quis vel molendinam, vel aliquid aliud extruebat juxta flumen, ita, ut navigatio deterior

derat. Quod si defectu aliquid constructum sit, hoc interdictum est restitutorium, competens ad hoc, ut, si quid jam factum sit, tollatur, & in pristinum statum reponatur. *Mans. de iur. 40.*

Cum hoc interdictum ad publicam utilitatem pertineat, idcirco etiam cuilibet de populo datur, *lib. 1. §. 9. ff. ne quid in flum. public.* Requiritur autem, ut locum habeat, quod flumen sit publicum, & perenne, quod perpetuo currit; secus, si sit privatum, & torrens, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Secundò requiritur, quod per tale edificium impediatur navigatio, vel damnum aliquod vicinis inferatur, *Schneid. n. 14.* ubi declarat illud dubium, an in parte superiori fluminis liceat molendinum edificare, si aliquis alius in parte inferiori molendinum habeat. Sed de hoc dubio, *in nt. de R. D.* diximus.

Secunda species interdictorum est, quod quædam interdicta sint restitutoria, quibus Prætor jubet, aliquid restitui, quorum duo enumerat Impetrator, potè, interdictum unde vi, & interdictum, quorum bonorum de quibus infra sub loco,

Tertia species interdictorum est, quod quædam interdicta sint exhibitoria, quibus Prætor jubet, exhiberi res, aliquando verò personas. De Interdictis, quibus Prætor jubet, res exhiberi, hic non agitur. sed in *ff. Et Cod. de exhib. reb. h.* Hic verò de interdictis, quibus Prætor jubet, personas exhiberi, agitur, & illorum duo occurrunt, puta de libero homine exhibendo. Interdictum de libero homine exhibendo est illud, dum jubet Prætor, exhiberi eum, de cujus liberare agitur.

Potest autem esse hujus interdicti iste casus: liber homo detinetur, tanquam

servus, cum Prætor jubet eum exhiberi, ut constare possit, an sit liber, nec ne? Unde *definitur*, quod sit interdictum exhibitivum, perpetuum, quod datur cuilibet, favore libertatis, *l. 3. §. 9. ff. de hom. lib. adu. adversus eum.* qui dolo hominem liberum detinet invitum, *l. 1. Cod. d. 2. ut in publicum producat, seu extra secretum proferatur, l. 3. §. ult. prator. ff. de homin. lib. cuilibet.* & libertate sua fruatur. Dixi autem, *l. dolo*, unde contra parentes non datur, *d. l. 3. §. 2. Et 4.* nec contra eum, qui captum redemit, & redemptum à se detinet, *d. l. 3. §. 3. cùm, pignoris loco, habetur, l. 2. Cod. de possim. rerum.* Dixi II. *Homines liberi* quia is, qui liberum, quem bonæ fide, tanquam servum erit, detinet, non tenetur hoc edicto, *cum certum non sit, an sit liber, l. 3. Cod. de libero hom. exhib.*

Dixi III. *Invitum*, quia volenti non fit injuria, *l. 1. §. ult. ff. de injur. Mans. n. 96.*

Secundum interdictum exhibitivum est de libero exhibendo, quod ad similitudinem prioris interdicti inducitur, datur autem Patrono adversus eum, qui suum liberum detinet ad hoc, ut eum exhibeat. *Schneid. hic.* Generaliter denique notandum, quod, ubicunque quis præterdit, se habere aliquid jus reale in persona detenta, ut in Vassallo, Monacho; &c. datur ei interdictum pro illa persona exhibenda. *Schneid. n. 57.* Hinc,

Tertium interdictum, de liberis exhibendis, datur patri, habenti liberos in potestate, *l. 1. §. 1. ff. de lib. exhib.* adversus eos, qui liberos ejus invicem detinent, ut exhibeantur; & patrim restituenter processu. Unde patet, *l. Quod Matri non competat, sed datur ei*

si interdictum, de libero homine exhibendo. II. Quòd non datur contra eum, p. u. r. quem filius spontè manet, *l. f. ff. de liber. exhib.* vel causa sit, cur maneat, veluti apud Matrem, *l. 2. Cod. devert. filio apud quem, Etc.* vel filia nupta apud Maritum maneat, *l. 1. §. f. ff. de lib. ach. b. Schamb. hic.*

### §. SEQUENS 2.

Alia interdictorum divisio à fine desumpta est, nimirum, quòd quædam interdicta *adipiscende*, quædam *recupera-  
nda*, quædam *recuperanda possessionis causis*, comparata sint. In primo agitur ad hoc ut illam possessionem, quam nunquam habuimus, acquiramus. In secundo ad hoc, ut conservemus possessionem, quam jam habemus, & in qua turbamur. Interdictio, ut possessionem amissam, quam habuimus, & amisimus, recuperemus.

### §. ADIPISCENDÆ 3.

Interdicta, adipiscendæ possessionis, hæc duo enumerantur, puta, *quorum bonorum, Et Salvianorum*, quibus ego tertium adijciam, quod vocatur *quorum Legatorum*.

### DE INTERDICTO, QUORUM BONORUM.

*Antiquam, casum hujus interdicti, figuratam, observandum est, duplices* 29 *in jure nostro hæreses dant. Aliqui enim de jure civili ad successionem defuncti vocantur, & hi propriis nominantur hæcædes. Aliqui autem ad successionem perveniunt de jure prætorio, & hi appellantur bonorum posses-  
siones, de quibus, vide lib. 3. tit. 20. de Bonor. posses. Interim sequitur Casus: Marcus Utio, pater successor ejus, Sempromius v. g. filius emanci-*

*patus (qui de jure prætorio tantum vocatur ad successionem, arg. §. 3. leg. de ex hered. lib.) ut sibi à Prætorie diceretur bonorum possessio, sive ex Testamento, sive ab intestato. Prætor ei bonorum possessionem decrevit; verum, hoc non obstante, cum Sempromius bona defuncti ex decreto Prætoris vellet occupare, advertit, quòd ex rebus hæreditariis varias res possideret Cajus. Quem cum interpellaret, ut res illas restitueret, respondit: se etiam hæredem esse defuncti Tui, quod tamen probare non potest, & tamen, res hæreditarias restituere, recipiat. Quæstionis est, quomodo Sempromio contra Cajum provisum sit? R. Per interdictum quorum bonorum.*

*Quod Definitur, quòd sit interdictum, adipiscendæ possessionis, compe-  
tens ei, cui decreta est bonorum posses-  
sio, adversus eum, qui bona illa pro hærede, vel pro possessore possidet,  
ut possessionem per decretum Prætoris  
adipiscatur.*

*Cui competat? Hoc interdictum duplex est, dactylum, Et utile. Illud as-  
pice ex verbis legis descendens, datur bonorum possessori, seu hæredi ex Jure Prætorio. Hoc, utpote ex mente legis secuturum, datur hæredi ex jure civili, nulla fidei differentia, ex testamento: an ab intestato succedans?*  
*Alia, Schud. Et Harp. hic.*

*Contra quem competat? Datur l. 32 contra possidentem pro hærede, hæc est, qui contendit, se esse hæredem, cum tamen hæres non sit, sive boni, sive mali fidei talenti se esse contentat, l. 11. §. de hered. petit. II. Contra possidentem pro possessore, qui non contendit, se hæredem esse, sed de facto tantum possidet, & interroga-  
tus alium nullum possessionis titulum*

potest allegare, nisi, quia possideo. Illud non refert, totam hereditatem, siue partem, siue rem etiam minimam reus possideat, quod enim de hereditatis petitione diximus, idem hic dicendum, puta, quod non à re petita, sed à jure, quod hæres habet, hoc interdictum metiamur. *Strwo. exercit. 45. et 31.* Contra titulo possidentem, sicut non hereditatis petitio: ita nec hoc interdictum datur; ratio est eadem, quæ in petitione hereditatis, ad hoc ut actor vincat reum, debet is se fundare in jure potentiori; quàm habet reus, alia in pari causa melior est conditio possidentis, *cap. 69. de R. J. in 6.* Sed in hoc interdicto actor se fundat in titulo heredis, qui tamen non est verus titulus, aliis hoc interdictum non daretur contra possidentem pro hærede; reus autem in titulo v. g. emptiois, & jure possessionis, se fundat; ergo hic debet esse melioris conditionis. *Schwend. n. 13. Et seqq.*

- §3.** *Quæ requirantur?* Ut hoc interdictum locum, habeat, requiritur I. à parte actoris, quod sit hæres ejus, cujus bona petit, de jure pretorio, vel de jure civili. Ex testamento, vel ab intestato. I. reum, siue pro parte. II. Quod actor antea non habuerit possessionem reum, pro quibus hoc interdictum inrentat. Est enim hoc interdictum, adipiscendæ possessionis, idcirco, si quis semel ademptus est possessioem, & eam amisit, hoc interdictum ei non datur, sed interdictum, unde vi, quod recuperanda possessione amissa introductum est, vel etiam rei vindictio, sicut de petitione hereditatis diximus. Estque ratio; quia hoc interdictum, & petitio hereditatis dantur pro rebus hereditariis; sed, si quis semel apprehendit res hereditarias, educto scilicet

res hereditarias, non dicantur amplius res hereditariæ, sed proprium patrimonium ipsius. Quod, pro renuntiantibus hereditati paternæ, diligenter notandum est. Fac enim, filiam acceptâ dote, renuntiasse, mediante iuramento, hereditati paternæ, *iuncto cap. quæruu 2. de post. in 6.* si postea post mortem patris soli filia succedant, exclusâ filiâ; deinde verò unus ex filiis decedat, licet hic nulla alia, quàm paternæ bona relinquat; tamen soror ad ipsius successionem admitrenda est, non obstante renuntiatione. Hæc enim, cum ut stricte juri; stricte quoque interpretanda est. Sed soror non faceret, sed paternæ hereditati renuntiavit. Et bona illa paternæ, ad filium delata, post additionem hereditatis non amplius dicuntur res paternæ, sed proprium patrimonium ipsius fratris. *Schwid. n. 27.*

A parte Rei requiritur, I. Ut res hereditariam possideat sine titulo, vel dolo possidere desiderit. *arg. l. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* II. Ut res sit corporalis; pro incorporalibus enim hoc interdictum non datur, *l. 2. ff. de R. V. III.* Ut res, quæ per hoc interdictum petuntur, sient in bonis ipsius defuncti. Sive per eum tempore fuerint possessæ, siue non, *l. 1. ff. de R. V. res enim in bonis esse dicitur, quoties, eam possidentes, exceptionem amittentes, actionem habemus, l. 52. ff. de A. R. D.*

*Dico:* Hæredi competit petitio huiusmodi, ergo interdicto, quorum bonorum, usus non habet. *ut.* Commotius esse hæredi, hoc interdictum intantare, quam petitionem hereditatis; hæc enim, qui movet, plene & liquide probare debet, se esse hæredem, & bona, quæ petuntur, fuisse hereditarias, vel saltem possessas, & darentur à de-

defuncto. Sed in interdicto, quorum bonorum, cum sit modici præjudicii, sufficit summaria probatio; que semiplene, vel præsumptivè concludat, *Schweid. n. 45.* Deinde, petitio hereditatis tendit non ad possessionem tantum, sed etiam, ut Jus declaretur, ac dominium; quamvis convenient quodd utrumque Judicium sit universale, *Schamb. huc.* Interdicto, quorum bonorum, affinis est remedium ex, *l. fin. Cod. d. edict. D. Hadrian. tollend.*

- 35 Quo hæres, testamento scriptus, illud, nullo visibili signo laborans, producat; & missionem postulat in possessionem omnium rerum hereditariarum, que tempore mortis testatoris fuerunt, mittitur à Judice, summam causam cognoscente, *d. l. fin.* Differt tamen hoc interdictum à remedio, *d. l. fin.* quod in interdicto opus sit probatione summaria, semiplena ac præsumptiva. In remedio autem, *d. l. fin.* nihil requiratur, nisi testamentum primæ figuræ, nullo laborans vicio. *Siruv. ad ff. lib. 43. tit. 2. Extrat. 45. sb. 19. Zoef. ff. quorum bonorum. n. 6.*

#### DE INTERDICTO, QUORUM LEGATORUM.

- 36 Casus Testator in testamento suo varia legata fecit; legatarii res legatas, citra hæredis voluntatem, propriâ auctoritate occupant. Hæres ex possessione dubitat, num salvam habeat. Falcidiam? & ea propter, ut calculum conficeret, petit, sibi res legatas, & à legatariis propriâ auctoritate occupatas, restitui; legatarii id detrahant.
- 37 *Quæstio* est, qualiter hæredi consultum sit? *¶* Per interdictum, quorum bonorum, quod *Definitur*, quod sit interdictum, adipiscendæ possessionis. quo agit hæres, post aditam hæ-

reditatem, contra legatarium, ut possessionem rei legatæ, quam non ex voluntate ejus, sed propriâ auctoritate occupavit, restituat in majorem legæ Falcidiam auctoritatem, *l. 1. §. 2. ff. b. t. Siruv. ad ff. lib. 43. tit. 3. sb. 24.*

*Quæ Competat?* Cui, & adversus quem hoc interdictum competat, ex ipsa tradita definitione quisque possit conjicere; ubi tamen nihil interest, num de Jure prætorio, num de Jure Civili quis hæres sit? num ex testamento, num ab intestato, *l. 1. §. 2. ff. 3. ff. juncta l. na. Cod. quorum legat. semper enim militat eadem ratio; ut nimirum coerceatur legatariorum, sua manu, & propriâ auctoritate sibi ejus dicentium, audacia. Harp. n. 68.*

At, an contra tertium possessorem hoc interdictum competat? Non una omnium est sententia. Dic, quod interdictum, quorum legatorum sit actio in rem scripta, ita, ut adversus tertium quoque possessorem, qui causam habet à legatario, competat, *l. 1. §. 12. ff. quor. legat. l. 9. §. 8. l. 14. §. 2. ff. quod met. caus. Menoch. rursus. 2. adipiscend. n. 27. Bachov. ad Transl. huc. sb. 2. in. A.*

*Dices I.* Dolo quis petit, quod mox restitutus est, *l. 137. n. dolo ff. de R. J.* quomodo ergo poterit hæres rem legatam à legatario repetere; cum tamen ea mox restituitur? *¶* Dictam regulam fallere quando interest actoris, rem sibi restitui, ut in nostro casu interit hæredis, ut res ablata ei restitueretur propter Falcidiam, quam hæres volebat deducere, & deducere non poterat, cum totum legatum à legatario esset occupatum. *Schweid. num. 5.*

*Dices II.* Nonquid legatarius, rem legatam propriâ auctoritate occupans, auni-



homicidis ejus dominium? *arg. l. 7. Cod. Unde ut.* Ubi dicitur, quod occupans rem alienam, in quam sibi quis jus (ut) competere, perdit omne jus suum, & occupans rem propriam, apud alium constitutam, prout ejus domino. *§. Legatarius, occupando rem legatum propriè auctoritate dominum ejus non amittere.* Ratio, quia, *cit. l. 7.* loquitur de co casu, quo quis occupat rem alienam, aut propriam hereditatem, penes alium tamen constitutam, ita, ut possessio nem apprehendat. In nostro autem casu, ante aditam hereditatem legatum est in nullius possessione; hereditas enim facere dicitur, nemini igitur possessionem auferre censetur, & ea propter mitius tractatur. *Schuld. loc. cit.* Quod si, post aditam hereditatem, legatum occupaverit legatarius, cadit jure legati. *d. l. 8. §. l. 13. ff. quod test. caus. Schuld. d. lu.*

### DE INTERDICTO SALVIANO.

- 29 Casus. Ego locavi Titio meam domum, in quam varias res intulit (quas diximus, *tit. 6. de ad. n. 72.* pro pensione annua locatori tacite esse obligatas) Titius, non soluta mercede annua, res suas incipit paulatim exportare, cùm vendere, donare, & distrahere, ita, ut nihil amplius habere incipiat, unde mercedem solvat. *Quæstio est, quomodo mihi consultum sit? §. quod mihi hoc in passu competere actio Serviana, per quam aquire possim à quocunque possessore res, tacite nexu pignoris mihi obligatas, prout latè diximus, tit. 6. de Act. n. 67. §. seqq.* Vtùm, cum actio Serviana sit judici petitoria, & actorem gravat onere probandi, rem in bonis conductoris fuisse, idcirco actori

datur interdictum Salvianum, quod intentare est longè consultius, siquidem in eo actor aliud nihil probare debet, nisi, quod res illarum, & inventæ sint in prædium conductum, non autem, nam intentus fuerint, nec nò. *Nov. n. 9. §. 10. Schneid. n. 3.*

*Definitur interdictum Salvianum.* quod sit, adipiscendæ possessionis, quod competit locatori, pro adipiscendæ possessione bonorum, à conductione in prædium conductum illorum, & inventorum, nec non pro pensione, deterioratione rei locatæ obligatorum. *Schneid. n. 4.*

Cui, & adversus quem competit interdictum Salvianum, vehementer variant DD. dic breviter, quod datur omnibus, & contra omnes, quibus, & contra quos datur actio Serviana, de qua vide, *tit. 6. §. 7. sup. de adio.*

*Dubietur:* an contra extraneum, & detur? Res dubia redditur per duos textus, qui prima fronte inter se collati videntur. Quos ut in concordiam reducas, dic, præfatum interdictum duplex esse, *directum, & utile.* Illud solummodo competit contra conductorem, *l. 1. vers. tantummodo Cod. de precar. §. Salu. interd.* Hoc contra extraneos etiam competit, *l. 1. §. 1. ff. Salu. interd. Zusp. ff. cod. Schneid. hic. Fich. l. 8. cont. 92. Huon. ad Trutl. vol. 2. disp. 25. th. 2. q. 30.*

*Ad quid competat?* Datur duntaxat ad hoc, ut locator adipiscatur possessionem earum rerum, quæ expressè, vel tacite actori obligatae sunt, sive debitor eos possident, sive ad alios transierint. *Schuld. §. Harp. loc.*

Porrò, in cæteris creditoribus, hæc debentibus expressam hypothecam, interdictum quasi Salvianum competit? in variis opinionibus abeunt DD. Summi

qui doceant, quod sic, ex ratione; quia (inquit) cui competit actio Serviana, vel quasi Serviana, ei datur interdictum Salvianum vel quasi tale; ergo, cum quasi Serviana alias creditibus pro expressâ hypothecâ competat, dicendum utique erit, quasi Salvianum ipsis interdictum competere. Ita *Wesemb. in parat. de Salu. inst. d. n. 3*

Verum, negativa longè est veritati propior ex hac sola; & solida ratione, quia nullus *textus* in jure est reperibilis, qui creditoribus, expressam hypothecam habentibus, quasi Salvianum interdictum præbeat. *Mosech. adp. rem. d. n. 21. Harp. u. 57.*

Ad rationem dubitandi *℞*. Verum quidem esse, quod, cui competit Serviana, ei competit Salvianum interdictum. Alit hoc falsum est, quod, cui competit quasi Serviana, ei competit quasi Salvianum: illud enim legibus firmatur, hoc non etiam.

#### §. RETINENDÆ. 4.

Abolvimus interdicta, adipiscendæ possessionis: recto ordine subjiciuntur interdicta retinendæ possessionis, quibus ad hoc agimus, ut possessionem, quam semel adepti sumus, si fortè in illa turbemur, retineamus. Hujus generis hic duo proponuntur, puta, *ut possideris*. *Et utrius.*

44. *Calus interdicti, ut possideris.* Titius possidet aliquam dynastiam, in qua cum fructus vellet colligere, urvas præcidere, feras venari, decimas percipere, semper impeditur, vel turbatur à Cajō, quo minus quietè uti possit suâ possessione. Quæstionis est, quomodo Titio contra Cajum de jure prospectum, & consultum sit? *℞*. Titio consultum esse per invec. sectionem *ut possi-*

*Kies. ad instat.*

*deus*, quo possessor agit contra turbantem. I. ad hoc, ut possessionem quietam retineat. II. ut reus in futurum non turbet. III. cautionem præstet de amplius non turbando, & IV. interdictum præteritæurbationis præstet, fructusque perceptos restituat. Quæ verba in decursu exactius rimabimur. Hæc autem divisionem interdicti, uti possideris, juvat inseruisse.

Itaque *Dividitur I. in directum, & 45 utile*. Illud est, quod pro possessione rerum corporalium competit, hæc enim, propriè possideri, dicuntur, *l. 3. f. de acq. poss.* hoc est, quod pro tuenda, quasi possessione rerum, & Jurium incorporalium datur, *l. 1. §. 1. f. f. eod. Schurid. u. 3. Bartol. in d. l. 2. num. 5. Fünferwald. lib. 1. ob. 11. mon. 14.*

*Dividitur II. In ordinarium, & ex-46 traordinarium* seu summarium. Ordinarium illud dicitur, in quo, servato juris ordine, proceditur, & principaliter atque absolute de possessione Partium disceptatur, plenæque probationes admittuntur. Summarium, sive extraordinarium illud appellatur, in quo, nullo servato juris ordine, tempestivè, & summarie proceditur, ne lites, dico, pendente partes ad arma veniant. Vocatur etiam momentaneum; 47 quia sententia, in eo lata, non perpetuum, sed momentaneum, & ad tempus præjudicium affert, idque reparabile, quod in possessorio ordinario reparari possit; & interim, aut fiduciaria, aut depositaria possessio, aut provisionale remedium vocatur in quo probationes imperfectæ, & semiplenæ (quia modici præjudicii est) recipiuntur. *Gail. 1. obs. 7. per totam, Suttin-ger. obs. 3. ubi varios casus recenset, in quibus solet summarie procedi. Vide etiam, Struv. Exercis. 45. th. 172. lit. Q. X x x x Cui*

48 *Qui competat? Quam*—Quidem interdictionem, uti possideris, pro retinenda possessione datur, ideo, præsupponitur, illud possessori tantum dari: sed, cum diversa sint species possessionum, ideo datur I. Possidentis civiliter tantum, si in sua possessione turbantur. *Gloss. in l. ult. ff. uti possideris.* Sic proprietarius dominus emphyteuticos, dominus feudi, & is, cujus bona in ipsius absentia sunt occupata, non dicuntur naturaliter possidere; sed tantum civiliter; eo videlicet, quis istum conatum animi in mente retinens, ut possessionem naturalem aliquando recuperent. Quod si tamen in hac civili possessione turbentur, succurritur eis per hoc interdictum. *Schneid. n. 14. Harp. n. 4.* Fac etiam, quoniam locator aedes suas reparare velit, & conductor ipsum impediatur, hoc quoque interdictum locum habebit. *Burcit. 45. ib. 118. lit. E.*

*Datur II.* Naturaliter possidenti tantum, v. g. Vassallo, Emphyteute, Usufructuario. Ratio; quia his datur interdictum, unde vi, ad recuperandam possessionem amissam, l. si plures 2. §. 9. ff. uti possidet, ergo multo magis competet iis hoc interdictum: uti possidetis, cui eum damus impugnationem, multo fortius dabimus defensionem, ut ait *Azov in summum. Cod. eod. tit. n. 6. Schneid. loc. cit. num. 15.*

*Datur III.* Possidenti naturaliter, & civiliter simul, ex ratione evidenti, si enim hoc interdicto exerceri ille potest, qui unam duntaxat speciem possessionis habet; cur id non possit ille, qui plene possessioni innuitur, l. 1. §. 1. ff. uti possidet, ubi possessori absolute hoc interdictum datur, sed possessor (absolute loquendo) intelligitur esse ille, qui est possessor plenus

utraq; simul possessione munitus; ergo possidenti utraq; possessione hoc interdictum, vel maxime competit. *Bartol. in d. l. 1. n. 1. scilicet in §. 4. luss. hic.* Illud non refert iuste, an iniuste quis possideat. Ratio, quis illius tertii turbantis nihil interest, & possidens, eo ipso, quod possideat, plus Juris habet, quam ille, qui non possidet, l. 2. ff. uti possidet, adeoque, quoad tertium justam possessionem habere dicitur. *Gloss. d. l. 2. eique vulgatum illud obijcere poterit: quoad te liberas aedes habeo. Harp. num. 5. Schneid. n. 37.*

Quod tamen verum est, nisi injustam possessionem ab illo habeat, contra quem hoc interdicto vult exerceri; nam, si à tali possideat vi, clam, vel precario, hoc interdictum destituitur per *tot. apert. l. 1. §. ult. ff. Et l. 2. ff. uti possidet. Harp. Et Schneid. loc. cit.*

Q. An interdictum modo Detentatori datur, v. g. Commodatario, Depositario, Conductori, Colono? &c. *Affirmativa* his fundamentis nititur l. 1. §. 1. quod autem 33. ff. de vi, Et vi armis. Ubi interdictum unde vi datur pro rebus depositis, commodatis, pignoratibus, & in quarum possessionem custodiz causa, missio facta est; & tamen depositarius, commodatarius, &c. detinere dicuntur; ergo si his datur interdictum, unde vi, dabitur quoque interdictum, uti possidetis.

II. l. 1. §. fin. Et l. 2. ff. uti possidet, ubi violento possessori hoc interdictum datur; ergo multo magis detinenti legitime, cum legitimo detentori Jura plus favent, quam violento possessori, l. 4. ff. quod vi aut clam.

III. per, l. 1. §. si tibi 11. ff. de litig. ad rem privat. ubi ei, qui usus est

est tantum servitute aliqua, puta, colonio, datur interdictum de itinere actuque privato; ergo etiam dabitur interdictum uti possidetis, cum aliunde magnam habeant similitudinem.

Verum his non obstantibus sententia negativa communior est, & probabilior, eamque suo patrocinio dignantur, *Humm. vol. 2. disp. 23. §. 39. Bich. rhtem. lib. 2. tit. 11. §. 1. Harp. num. 6. hic. Schmid. n. 33.* Probatum per *sent. audens. l. si duo 3. §. creditoribus §. ff. uti posside* ubi creditoribus in possessionem rei servandæ causâ missis non conceditur hoc interdictum, vel possidetis: atqui certum est ejusmodi creditores bona debitoris deservire; ergo detentoribus, qui non possident, hoc interdictum non dabitur. Deinde facit ratio conspicua; quoniam interdictum, uti possidetis, præsupponit possessionem, ut verò detentio nuda non est possessio, licet qualem possessio detentio sit, sed non omnis detentio est possessio, *l. 9. §. d. R. V.*

Non obstat primum, quoniam ibi principaliter pro recuperanda possessione rerum immobilium interdictum unde vi proponebatur, ac in consequentiam, & accessorie in eo res dispositæ, commodatæ veniebant. *Schmid. loc. cit.* Fac enim quemque à possessione rei immobilis per vim dejectum, & simul per talem dejectionem ablatam esse, vel corruptam rem depositam, vel commodatam. Hoc in casu intentatur principaliter interdictum, uti possidetis, ad hoc, ut in possessionem restituatur; principaliter verò, & in consequentiam etiam petitur restitutio, aut reparatio rei depositæ. *Harp. numer. 10.*

Non adversatur secundum; etenim violentus possessor, tamen injustè possidentem, vti tametsi possidet, non desi-

net, ut adeò Prætor detentorem tueri in poss. sine non possit, cum nullam habeat. *§. l. necid. hoc. cit.*

Non denique refragatur tertium nam huc satislat, *Harp. n. 22. respondens ex l. 3. vers. dare ff. de usufr.* ubi expressum est: usum in corporalibus pro traditione haberi, & quasi possessionem inducere: quod si ita sit, sequitur sua sponte, *in cit. l. 1. §. si tibi* 11. interdictum non ei dari, qui nudus est detentor, sed quasi possessori, quoniam ista usus eum quasi possessionem constituit aliter. *Humm. loc. cit.* Sane quamvis nudi detentores remedio interdicti uti possidetis destituantur, possunt tamen aliis remediis uti, puta, actione in factum, actione injuriarum, vel actione causâ, vel officio Judicis, vel interdicto, ut vi fiat ei, qui in possessionem missus est &c. *Schmid. loc. cit. numer. 33.*

Contra quæ detur? Datur hoc interdictum uti possidetis, contra eum, qui alium in possessione quovis modo turbat, possessionisve controversiam facit. Nec refert in possessione naturali tantum, vel civili simul, vel etiam in quasi possessione Jurium incorporalium, v. g. servitutum, Jurisdictionis &c. quis turbetur, *l. fin. §. uti possid.* Datur etiam hoc interdictum saltem utice adversus eum, cujus jussu vel mandato turbatio facta est, *l. 7. §. 8. ff. l. 11. §. 6. ff. quod vi aut clam. Harp. numer. 23.*

Utrum quibus rebus competat? Habet locum isthoc interdictum non tantum in rebus corporalibus immobilibus, sed etiam in incorporalibus, veluti Juribus, & servitutibus. Sic si turbor in servitute alius tollendi, in Jure decimandi, vectigalia recipiendi, aut in Jure eligendi &c. non est dubium, quod utice saltem hoc interdictum

contra turbantem intentare possum.  
Schneid. n. 7. § 8.

Non obstat, quod interdictum uti possidetis, detur pro tuenda possessione; possessio autem in res incorporales non cadat, l. 3. ff. de acquir. poss. licet enim in res incorporales non cadat vera possessio, cadit tamen quasi possessio, l. 10 ff. si servit. vend. ut propter hanc quasi possessionem utile hoc interdictum pro rebus incorporabilibus applicetur, l. fin. ff. de servit. Minus adversatur, quod de servitutibus propria interdicta constituta sint, veluti de iunere, actuque privato, de aquae ductu, de fonte, de rivis, de cloacis, siquidem in Jure non infrequens est, de eadem re plures dari actiones. Si pro commodato rei vindicatum, & actio commodati datur. Dein se licet aliqui servitutes suas proprias actiones habeant, non tamen sequitur, de nulla rei incorporali hoc interdictum dari.

- ¶ *Qua requirantur, ut hoc interdictum competat?* Ex dictis haud difficile est adornare hujus interdicti requisita. I. enim à parte actoris desideratur possessio de presenti. Unde etiam interdictum retinendae possessionis dicitur, ut quis retineat possessi nem quietam. Et si hoc interdictum possessorium contrariam naturam habet cum petitorio, siue rei vindicatione, utpote quae non competat habenti possessionem, seu contra possidentem datur, l. an. Cod. de alien. iud. iust. causa 5a. Ex his infertur, quod laici dicenti se possidere res sacras vel religiosas hoc interdictum non detur; quia tales res à laico possidere non possunt, l. 30 §. 1. ff. de acq. vel amitt. poss. II. Requiritur ex parte actoris, ut non habeat possessionem vi, clam, vel precario ab ipso reo, contra quem hoc interdictum

intentat. Secus est, si actor ab alio possessionem habet vi, clam, aut precario. Hoc enim casu reus non poterit excipere de Jure tertii, l. 1. ff. uti possid. & poterit actor replicare, dicendo: quoad te liberas res habeo, lib. 4. §. 4. si servit. vend.

A parte rei requiritur *Turbatio*; turbare autem dicitur aliquis multiplici modo, puta, si quis non sinit possessorem eo modo possidere, quo possidet, sed ipsum impedit vel fodiendo, vel arando, vel edificando, vel erigendo, vel alio denique modo, quorum 28. enumerat. *Hoen. ad Trinit. vol. 3. diff. 24. Q. 41.* quos omnes in medium ponere longum foret. Tu regulam cape, quod toties quis dicitur turbari in possessione, vel quasi, quotiescunque impeditur aliqua actus, per quem actum probatur possessio, vel quasi, Schneid. num. 40.

*Quid actor probare teneatur?* In hoc<sup>2</sup> interdicto uti possidetis tenetur actor duo probare, puta, possessionem tempore litis contestatae ex parte sui, & turbationem ex parte rei, *text. huc.* tertium autem requisitum, quod non vi, clam, vel precario seu a reo possideat, praesumitur, ita ut reus hoc proponens probare teneatur, cum reus in exceptione fiat actor, l. 1. ff. de except. Schneid. n. 44.

Q. qualiter possessio probetur? *§. 13* ex eo quod quis perceperit fructus de illo fundo; ex fructuum enim perceptione probatur possessionem, statuit, l. Pomp. nus. ff. quib. mod. usufr. amitt. Secundò, si quis probet. anal. si. fundasse, vel agrum coluisse, Goss. in l. 3. Cod. fin. regund. Illi si quis probet recepisse pensionem propter fundum, vel domum, l. 77 ff. de R. V.

IV. Probatur etiam possessio ex solutione, & exactione collectae, quod vide-

videlicet Jus competat. V. Denique, possessio rei corporalis probatur per actualem insistentiam rei, habitationem, deambulationem &c. & tales plures modos: quibus possessio probatur, recenset. *Menoch. rursus. 3. de retinend. poss. n. 561. & Schneid. n. 56. & seqq.*

Dixi possessionem tempore litis contestata, ubi tamen communiter obtinet, sufficere etiam, si actor probet, se possidere rem immobilem modico tempore, ante litem contestatam, allegando se adhuc possidere; licet enim tunc testes de possessione presentis temporis nihil deponant, tamen obtinebit actor, quia possessio semel apprehensa solo etiam animo retinetur, §. possidere §. h. r. unde & continuata presumitur. l. 6. *Cod. de probat.* ita, ut reo dicenti actorem annuisse possessionem, incumbat onus probandi. *Hoffens. in cap. cum ad sedem 15. de res. spol.*

§4. Ad quid competat interdictum, uti possidetur? R. Ad quatuor competere. I. ut cesset à turbatione presenti. II. ut in futurum non turbet. III. ut caveat de non turbando, licet dissent. *Hunn. ad Trut. vol. poss. disp. 25. q. 42.* IV. ut præbet id, quo i possessoris interest turbatam possessionem non fuisse, adeoque ut damna illata, & fructus, si aliquos preceperit, restituat. *Schneid. mun. 69.* Porro quomodo libellus in hoc interdicto formari debeat, præcis dabit.

Quid iudici in interdicto, uti possidetur faciendum? Certum est, & indubitatum, si reus non contendat se possidere, vel contendat se possidere, sed possessionem probare non possit, quod tunc reus ad prædicta quatuor condemnari debeat. Verum, cum nonnunquam contingat, ut uterque se

possidere dicat. Quo in casu tredecim casus invicem distinguit. *Hunn. loc. cit. q. 43. Schneid. verò n. 82. ad 8.* casus reducit. Utriusque doctrina compendio traditur ab *Harp. n. 37. & Gail. de pignorat. obs. 22. n. 8.* ubi dicit, quod hodie Iudex pro illo sententiarum secundam ferre debeat, qui antiquiorem possessionem edocuit, aut qui dominium, præscriptionem, iustiorumque proprietatis titulum probavit. Horum ad doctrinam si forte nasum contrahas, consule, per me licet, prædictos autores. *Hunn. & Schneid.*

### DE INTERDICTO UTRUBI.

Hoc interdictum utrubi compositum est ab utrum, & ubi, id est, apud quem; quasi diceret Prætor, apud quem est res mobiles, apud eum sic & remaneat. Dico *res mobilis*, quia ultima inter interdictum uti possidetur, & utrubi hæc ponitur differentia, quod illud pro rebus immobilibus; hoc verò pro rebus solum mobilibus competat. Ut adeo in cæteris hodie ista duo interdicta, quoad omnia, & per omnia exæquata sint, & quidquid de uno disponitur, etiam de altero dispositum censeatur. l. *ut ff. utrubi.* Hanc ex utroque hoc interdicto victoriam hodie reportat, qui tempore litis contestatae se possidere probat, §. *Retinenda. 4. Inst. h. r.* quamvis olim in interdicto utrubi victor extiterit, qui majori anni parte scilicet 7. mensibus se possidere edocuit.

Competit interdictum utrubi in duobus præcipue casibus. I. Quando quis pautur inquietari nem in possessione rei mobilis ab eo, qui tamen se possidere non contendit. II. quando duo ejusdem rei mobilis possessionem

nem prætendunt, quod fieri potest, quando ego verà possessione frui, me assero, tu verò objicias, me à te habere nudam detentionem ex causa v. g. depositi, commodati, &c. quibus casibus non transiit possessio, *l. rei commodata 8. ff. commodati*. Priusquam ergo discutatur, & doceatur, ex qua causa rem habeam, dubium est, quisnam ex nobis possideat, & idèò, donec, constet, ex qua causa ego possideam, utrique datur hoc interdictum. Ille tamen reportabit victoriam, qui se vera frui possessione probaverit. Ita, *Schneid. hic. n. 2. § 3.*

#### §. POSSIDERE §.

Est, aliè circa explicationem hujus §. perbreves sint, ipsam fortè Imperatoris methodum secuti: mihi tamen prolixius excurrere, operæ pretium visum est, præcipuè quòd præp. hic sedes sit possessionum. Itaque,

Possessio à pedibus appellata est, quasi pedum positio, *l. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.* Ratio hujus etymologie ex ipsa rei origine desumpta est; homines enim à principio omnia pedibus acquirere ceperunt; juxta illud; quidquid per tuos calcaveris, tuum est, *Jafon. in d. l. 1.*

Definitiones possessionis tot ferè occurrunt, quot capita, ita ut illud Glosia in *l. 38. ff. de P. O.* verificari videatur, nimirum peritissimos nequissimè d. i. n. re possessionem Card. d. fluct. tatis in eo rotatur, num aequatum possess. nis genus constituit de euto, num ju? sunt enim, qui definiunt possessionem, quòd sit, *ius inhærendi rei corporali, non prohibita possideri.* i. *Schneid. n. 7. l. c. Bachov. ad Treut. vol. 2. disp. 21. lit. E.*

57 Verum, quòd hæc definitio minùs

mibi ardeat, facit. I. Quia mulier rem à marito donatam verè possidet, *l. 1. §. si vir. ff. de acq. vel amitt. poss.* Item malè fidei possessor verè possidet, *l. 5. ff. de usurp. & usucap.* & tamen nec mulier, nec malchidei possidet ius possidendi habent; siquidem contra Jura, & contra leges possident, *arg. l. 16. ff. de acq. vel amitt. poss. junctis l. 17. ff. eod.*

Facit II. Quòd reversi ab hoste Jure postlimini omnia jura recipiant, quæ per captivitatem amiserant, §. 5. *Inst. Quib. mod. patr. poss. sol.* & tamen neque possessionem, neque usucapionem ceptam recipiunt, sed coguntur ex integro adipisci possessionem; & hac adepta primùm incipit currere usucapio, nec verus interrupta restituitur, *l. 10. ff. ex quib. caus. major.* ergo sequitur, quòd malè possessio dicatur juxta esse.

Facit III. Quòd hæres, quàm primùm hereditatem adit, succedat in omne jus defuncti, *l. 37. ff. de acq. hered.* & tamen non succedit in possessionem defuncti, sed nova apprehensione opus est; ergo malè dicitur possessio, quòd sit jux.

Facit IV. *Text. in l. 19. ff. ex quib. caus. major.* ubi possessio dicitur plurimum facti habere. Item *text. in l. 1. §. 3. ff. de acq. vel amitt. poss.* ibi: *eam rem enim facti, non juris esse.* Denique *text. in l. 29. ff. eod. ibi: quod enim facti est, potest minuire.*

Sunt alii, qui possessionem definiunt quòd sit, *detentio rei corporalis, amitt. & affectu donati,* ita *Hunn. ad Treut. vol. poss. disp. 21. rh. 1. lit. a. Arma. disp. 20. rh. 6. Donel. §. Comm. cap. 6. in l. 9. Cod. de Reb. cred.* At, quòd hæc definitio mihi videatur minùs accurata, *Facit I.* Quia prælo, quem ipsi ad, etiam possidere

con-

concedunt, non potest habere animum dominii, nisi improbi, & injuriosi affectatione, cui non suffragandum. *Facis II.* Quod si. qui precario rogavit, verè dicatur possidere, l. 2. §. si de precar. Item quod creditor dicitur possidere pignus, l. 4. §. de acq. vel amitt. poss. Denique quod sequebatur, si ita conveniret, possideat, l. 17. §. de posito: & tamen omnes isti animum dominii tam parum habent, quam ego recedendi unquam à via iusti, & æqui. *Facis III.* Quod in l. 13. §. 1. ff. de Publ. act. §. l. 32. §. 1. ff. de noxal. act. ait: Item in l. 7. §. 4. ff. commun. divid. expressè dux species possessionis constituentur. Una, quæ sit cum animo dominii, altera quæ tali animo destituta est. Jam aut, quæso, quæ fronte, & quo vultu affirmare audeas, præfiguratam definitionem dici posse genericam, utpote in quæ jam devenitur ad specificam, puta, civilem possessionem.

Sunt alii, qui definiant possessionem, quod sit, rei corporalis detentio, corporis & animi, jurisque adinventio. Sed nec ista mihi placet definitio, tamen illam amplectatur. *Hannold. de J. & J. rim 1. fol. 256. n. 203. & S. hamb. Inst. hic. Brunnem. in d. l. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.*

Ego existimo possessionem optimè posse sic describi, quod sit detentio rei corporalis, cum effectione eandem sibi habenda, ita colligitur ex l. 2. §. 20. ff. de acq. vel amitt. poss. clariss. D. P. Konig. ad Decret. de causa poss. n. 1. *Servus cum additione. Miseri excus. q. 1. r. 3.*

Dixi I. Detentio: qualis non tantum illa intelligitur, quæ actualis est, quasi nullus diceretur possidere, nisi, qui actualiter rei insistit: verum etiam illa detentio hic intelligitur, quæ est

habitualis, ita. ut ille etiam possidere dicatur, qui actu rei non quidem insistit, ei tamen quancumque voluerit, insistere possit, quo sensu etiam peregre profectus, item, qui per alium possidere dicitur. *Servus loc. cit.*

*Obijciat, in l. 41. & 49. ff. de acq. vel amitt. poss.* Possessio expressè juris esse dicitur, ergò malè definitur, quòd sit detentio. *R.* Verùm quidem esse, possessionem habere aliquid juris, verum hoc est merum accidentale, & ratione effectus, detentione coherens, quod possessionis essentiam non ingreditur, sed est prorsus extrinsecum. Vel dic, quòd possessio eatenus juris esse dicatur, quatenus operatur certos effectus juris, de quibus in principio hujus tituli diximus. Quatenus verò pro actu detentionis sumitur, ficti est. *Servus & Clariss. D. P. Konig. loc. cit.*

Dixi II. rei corporalis, ut indicetur, quòd detur duplex possessio, propria, seu vera; & impropria, seu quasi possessio. Propria seu vera possessio est rerum corporalium, l. 3. ff. de acq. vel amitt. poss. Impropria, seu quasi possessio est rerum incorporearum, puta, beneficii, juris eligendi, decimandi, piscandi, servitutum, cap. 3. de causa poss. & propriis, l. 3. §. p. u. ff. de vi. & in armat. *Zosf. loc. cit.*

Dixi III. Cum effectione eandem sibi habenda, ut excludatur nuda detentio rei alienæ, quæ vulgò possessio asinæ, ab istis verò nuda tenet: in jure nostro autem quandoque possessio animalis improprie vocatur, l. 1. §. 11. ff. commun. divid. §. l. 2. §. 1. ff. pro hoc ved. & nihil aliud est, quam nuda insistentia cum animo rem, vel custodiendi, vel conservandi, vel detinendi, vel ea utendi, fruendi. Detinet autem animò custodiendi depositarius rem



rem depositam, l. 1. §. *de positi*. Animo conservandi, qui legatorum conservandorum causa in possessionem missus est, l. 9. §. *de R. V.* animo detentandi servus, l. 24. l. 49. §. 1. §. *de acq. vel amitt. poss.* l. 38. §. 7. §. 8. §. *de V. O.* animo utendi commodatarius, l. 1. §. 1. l. 5. §. *si duobus §. commodati. & usufructus*, l. 2. §. *de usu & hab.* animo utendi fruendi conductor, d. l. 5. §. *si duobus*, usufructuarius, l. 1. l. 60. §. 1. §. *de usufr.* ita, ut omnes isti non tam possidere, quam in possessione esse, & nudam tenutam habere dicuntur, l. 10. §. 1. §. *de acq. vel amitt. poss.* & in quorum nomine possident, possidere dicuntur, l. 18. §. d. 1. Unde sua sponte fuit, quod non istis detentoribus, sed illis, quorum nomine possident, interdicta competant, l. 1. §. 22. §. *de vi & vi armat.* l. 3. §. 8. ut possid. excepto usufructuario, per l. 4. §. d. 1. Clariss. D. P. König. loc. cit. Harp. Inst. huc. Pulchre Struv. loc. cit. Emercit. 42. ib. 7. lit. y. ibi: Nota verò.

62. Dices: usufructuarius naturaliter possidet, l. naturaliter 12. §. l. 49. §. *de acq. vel amitt. possess.* ergo falsum est, quod nudam tantum tenutam habeat. R. L. Quod aliquando detentio, & naturalis possessio in jure confundantur. R. II. Usufructuarius possidere quidem naturaliter, non tamen animo rem, seu corpus sibi habendi; sed usum rei; ita ut sensus sit iste: usufructuarius possidet naturaliter ipsum jus, & facultatem utendi, non verò ipsam rem in usufructum concessam, hanc enim non sibi, sed domino possidet. Brionemius in d. l. 12. Struv. l. cit. ib. 7. lit. y. Hinc etiam in paulo ante dixi, quod usufructuario competit interdictum retinendæ possessionis, hoc est, si tu. & tunc in u

rei, respectu cuius usus habet naturalem possessionem. Sanè si præfati detentores domino possessionem interverterint, hoc est, ipsum vel alium ab eo midum in possessionem non admiserint, tunc iniungunt naturaliter possidere, animo scilicet rem sibi habendi; & consequenter, si ab aliis decessi fuerint, interdictum unde in ipsis competit, l. 12. l. 18. §. *quod vi aut clam*, l. 3. §. 18. §. *de acq. vel amitt. poss.* Harp. Inst. hic.

Dividitur possessio in naturalem § 63  
civilem. Quæ divisio fundata est in l. 1. §. *defunctus*, §. *de vi in l.* 2. §. *quod tu. & §. pro hered.* l. 3. §. *fin.* §. *ad exhib.* Naturalis possessio est, quæ § 64  
quis rem tenet animo quidem eandem sibi habendi, sed absque jure, & opinionione domini, l. 13. §. 1. §. *de Publ. m. rem ad*, Taliter possidet. I. Creditor pignus conventionale, l. 7. §. 12. §. *commun. div.* l. 49. §. *de pig. ad.* Zoef. §. *de acq. vel amitt. poss.* n. 5.

Non obstat, l. 13. §. *de usur.* § 65  
usucap. Quia ibi creditor dicitur pro alieno possidere, ratione usucapionis, quod scilicet pignus non possit usucapere, cum naturalis possessio non pro sit ad usucapionem, eo quod sit absque titulo domini, vel quasi. Et hinc civilis possessio est penes debitorem, qui pignus dedit, naturalis verò apud creditorem, l. 16. §. *ead.*

II. Naturaliter tantum possidet vassallus rem feudalem, ut. 23. §. 26. Feud. 1. tit. 8. §. *fin.* Feud. 2.

III. Emphyteuta rem emphyteuticam, l. 15. §. 1. §. *qui satulatus cog.* Quia quia naturalis possessio etiam aliquot civilis titis continet, cum respectu usus rei, qui possidetur, naturalis sit, respectu vero juris in us, quod emphyteuta in rem emphyteuticam habet, causa quæque p. statio concurrat, ita,

ica, ut emphyteuta jus illud tam naturaliter, quam civiliter possidere dicatur. Illo modo per actus naturales, quos exercet colendo fundum, colligendo fructus &c. Hoc modo retinendo possessionem illius juris in animo, si de fundo recedat, quæ tantæ efficacia est, ut usufructus ab alio extra rem in absentia ejus occupatus, non possit ab eodem contra absentem præscribi, l. 23 §. 2. ff. ex quib. caus. acquiritur.

Neque propterea dici potest, quod si duo possideant eandem rem civiliter simul, & in solidum, nam emphyteuta ipsam tam civiliter non possidet, sed naturaliter respectu vegetationis in se, etiam viva interveniente. Ita Struv. loc. cit. th. 17. lit. y. Sekund. numer. 43.

IV. Naturaliter possidet superficiarius superficiem, utpote, qui interdicto de superficialibus defenditur, l. 1. §. 1. Et 2. ff. de superficialib. Zoef. ibid.

V. Naturaliter possidet et persequenter rem sequentiam, quod ipsam tamen tunc dominum prodebet, quando partes expressæ & nominatim inquestio possessionis rem cessant, l. 17 §. 1. ff. de p. sit. l. 39. ff. de acq. vel amitt. poss. locus enim sequi solet est tantum nudus detentor, d. l. 39.

IV. Naturaliter possidet, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, l. 15. §. 4. ff. de precario. Dixi, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat. Ille enim, qui precario rogavit, ut sibi morari in fundo liceat, naturaliter non possidet, l. 6. §. 2. ff. d. t.

VII. Tantum naturaliter omnes illi possidere dicuntur, qui sibi & suo nomine possident, sive titulum & bonam fidem habeant, sive non habeant. Quod spectant heredes, prædones, & similes injusti & male fidei posseditores, l. 5.

*Item ad hystit.*

Et l. 6. ff. de acq. vel amitt. poss. clariss. D. P. König. loc. cit. Et Struv. Possessio civilis est, quæ quis rem de eo tenet animo & opinione domini, hoc est, rem sibi, ut suam habendam, l. 6. §. 1. ff. de acq. vel amitt. poss. Taliter possident ipsi rerum domini, l. 1. §. 2. ff. ut possid. l. 2. ff. pro fide. Item bonæ fidei posseditores, hoc est, qui ex justa causa rem acceperunt, non aliud sentientes, quam si eo esse dominum. In summa civiliter possidere dicuntur omnes, qui vindicant, l. 10 §. 4. ff. de acq. vel amitt. poss. Zoef. ibid. numer. 4.

Quomodo a primatur possessio? Circa 67 hoc quæstionem duo occurrunt examinando, prout, per quas personas acquiratur possessio, & quibus modis. Primum quod attinet, remissus esto ad lib. 2. tit. 9. Ad secundum situtenda est regula universalis ad acquirendam possessionem requiritur corpus Et animus fundi, ita, ut neque solo animo, neque solo corpore possessio acquiri possit, l. 3. §. 1. Et 3. l. 8. ff. de acq. vel amitt. poss. l. 4. C. de sol. Brunum. ibid. Et communiter omnes Corpus hic significat actum corporeum, ad animum accidentem, & sic nihil aliud, quam corporalem rei apprehensionem, d. l. 3. §. 3. Animus vero nihil aliud denotat, quam voluntatem, & affectionem possidendi, l. 1. §. 3. ff. d. t. l. 2. §. 12. ff. pro emptore. Cat-68 pus itaque & animus simul requiruntur ad acquirendam possessionem. Corpus quidem ideo; quia possessio, prout est in fieri, plurimum facti habet, & ideo factum hominis; sive apprehensio necessaria est: ratio alia; quia non omnia, quæ ipse & animo devertamus, continuo possidemus; quid enim obsecro, fieret, si liceret veram possessionem inde asserere, quod animo quis

Yyy

con-

concepisset, rem tenere? quis contineret hanc concupiscentiam intra limitem necessarij usus? quis non diceret? ego concepj animo, talem rem habere? quando sciretetur hominum insatiabilis avaritia? *Animo* requiritur illic, quia debet accedere intentio, voluntas, & affectio rem aliquam possidendi, *l. 41 ff. de acq. vel amit. poss.* actibus enim in cunctis sola dominatur voluntas. De his procedunt tam de naturali, quam de civili possessione, ita, ut incurra sine corpore, & animo simul acquiratur, *d. l. 4. Cod. h. t.* Unde sponte proprij sequitur, quod licet corpore ingrediar fundum, etiam vacantem, sine animo occupandi, seu acquirendi possessionem, non tamen acquiram ejus possessionem, etiam naturalem tantum, ex ratione, quoniam deest animus, & intentio, quae cum corpore concurrat, necesse est. Sic pariter, tamen si habeam animum possidendum fundum, etiam vacantem: sine actu tamen corporali etiam solam civilem possessionem non acquirō; quis, uti dictum, desideratur corpus. *Schneid. loc. cit. n. 66.*

- 69 Obijcies I. Ex dictis sequitur, quod sola civilis possessio; sine naturali nunquam possit acquiri, prout statuit *l. 3. §. Meratius 3. ff. de acq. vel amit. poss.* his verbis: *solo animo non possit nos acquirere, si non antecedit naturalis possessio*: sed possessio civilis potest acquiri sine naturali; ergo praedicta non subsistunt. Minor probatur proprietarius, & dominus fructu directus, qui civiliter tantum possident, utique possunt in alium solam civilem possessionem transferre, *l. 17. §. proprietarius, ff. de usufr.* Item Judex potest aliquei mittere in solam civilem possessionem; remanente naturali apud alium, *l. 5. Cod. ubi in rem ad. exerc.*

ergo potest solo civilis Possessio absque naturali acquiri. Ut *Notu* iste, qui non est *guardius*, solvatur dicendum est, istis duobus naturalem possessionem & actum, item corporalem diversum esse; potest enim actus corporalis, v. g. traditio, visus &c. intervenire, absque eo, quod detur naturalis possessio, ac proinde, dum asserimus ad acquirendam possessionem desiderari animum & corpus simul, non intelligimus per corpus, naturalem possessionem, sed actum aliquem corporalem, v. g. vsum, constitutum, traditionem clavium, vel instrumenti &c. unde patet solutio *ad cit. l. 3. §. Meratius 3. ff. de acq. vel amit. poss.* ubi secundum Glossam naturalis possessio pro actu aliquo corporali accipienda est, *Schneid. loc. cit.*

Obijcies II Possessio civilis potest acquiri sine animo, *arg. l. Et si nobis. 7 ff. de acq. vel amit. poss.* ergo adhuc praedicta non subsistunt. Casus *d. l. Et si nobis 7.* talis est. Titius ingressus est fundum absentis, & sic acquisivit possessionem naturalem. Absens domum reversus ex timore, ne repelleretur, possessionem fundi non intravit. Hoc in casu textus ait, quod perdat civilem possessionem, quae ita unitur cum naturali, ut naturalis trahat ad se civilem vacantem, etiam possessore ignorantem; ita, ut is, qui prius habuit possessionem tantum naturalem, ignorans hoc est, *sine animo*, acquirat civilem. *¶ Ex Schneid. loc. cit. n. 97.* quod in casu legis ingrediens a principio habuerit animum omnem possessionem acquirendi, sed quis civilem non reperit vacantem, & quia duo in solidum ejusdem speciei possessionis possessores esse non possunt, ideo acquisit solummodo naturalem, quam cum obtinuerit, eo ipso etiam

videtur affectasse civilem. Hinc cum animus mutasse non constet, creditur adhuc in priori voluntate acquirendi etiam possessionem civilem perdurasse, eo, quod mutatio animi non presumatur, l. 3. ff. de probat. S. bueid. num. 79.

Objicitur III. In multis textibus asseritur possessionem civilem etiam solo animo acquiri; ergo adhuc factum est, ad acquirendam possessionem opus esse corpore, & animo. *Aut. patet ex l. 1. §. si iusserim 21. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, quod solo aspectu res acquiratur, licet apprehensio non interveniat. Item in l. 18. §. si venditorum 2. ff. eod. ubi dicitur; quod possessio acquiritur. exinde quid quis rem in sua domo iusserit deponi; item per solam demonstrationem; licet actualis, sive corporea apprehensio non interveniat, ergo possessio civilis acquiritur solo animo. Præquod hoc dubium resolvam notandum est duplicem dari apprehensionem, unam veram, alteram fictam. Vera est quando res accipitur manibus, si sit corporea mobilis; aut intratur pedibus, si sit immobilis.

71 Et ista vera apprehensio necessaria est. Primum ad acquirendam possessionem rerum illarum, quæ domino carent, ut sunt *fera, gemma, & lapilli in littore maris, thesauri* &c. Hæc enim & id genus res non acquiruntur per solam visionem, sed per corpoream apprehensionem seu occupationem, prout, lib. 2. tit. 2. diximus Clariss. P. Kovg, ad Decretal. de caus. possess. §. 1. n. 25.

II. Vera apprehensio requiritur in iis rebus, quas quis clam, aut vi possidere vult, v. g. depositarius depositum, quia rem apprehendere & loco movere debet, l. 3. §. si rem ff. de

acq. vel amitt. poss. estque ratio; quoniam furtum sine contractione fieri non potest.

III. Hæc apprehensio desideratur ad acquirenda bona defuncti, quæ domino carent, à quò tradantur, l. 23. ff. de acq. vel amitt. poss. cum hæres infuturi sumus, aditæ hereditate omnino quidem iura ad nos transiunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.

Nec contrariatur, l. cum miles 30. ff. ex quib. caus. major. ubi decernitur, possessionem defuncti, quasi junctam descendere ad heredem: Nam ibi possessio pro usucapione sumitur, ut lex ipsa declarat, dum subicit possessionem etiam non aditæ hereditate compleri & perfici, id est, usucapio, quæ inchoata est à defuncto, committatur, & transmittitur ipso iure in heredem sine ejus apprehensione.

Illud notandum: ad verum apprehensionem totius non semper opus esse, ut quis omnes ejus partes, puta omnes angulos domus aut agri circumambulet, sed satis esse intrare partem cum animo possidendi totum, l. 3. §. 1. h. s. Unde si quis cornatum, ductum, castrum cum territorio, vel pertinentiis emerit, non est necesse, in quemlibet fundum castris, vel in quemlibet locum comitatus intrare, sed sufficit possessionem continentis apprehendere, qui enim possidet continem, censetur omne contentum possidere, Schuurd. num. 130.

Apprehensio ficta est, quando intervenit alius actus, qui ex interpretatione Juris vim corporeæ apprehensionis habet.

Quo supposito R. ad tertiam objectionem, quod in allegatis, & pluribus aliis ejusdem farinae textibus

intelligi non potest, si sibi enim dicitur  
velimus si tunc, l. 1. §. 1. Cod. de l.  
Et si tunc, l. 1. §. 1. de iur. et g. d.  
en. s. 1. §. 1. de iur. et g. d. s. 1. §. 1.  
in iudicibus inco. prohibitis fuerit, &  
patientia adiecta, l. 1. §. 1. de iur. et g. d.  
habetur, l. 20. §. 1. de serv. l. 1. §. 1.  
tem fuerit, & patientia dupliciter  
probat, ut de p. r. s. l. 1. §. 1. de p. r. s.  
quando hoc denunciat adversario, quia  
quod vult ire, opere, vult re l. 1. §. 1.  
præsumptiva, quando accipit, ergo  
per fundum alterius, tunc enim do-  
minus id scire, presumitur: ita tamen,  
ut in præsumptiva proba bene prudens  
iudicis arbitrium plurimum facere de-  
beat. Schenk. n. 138.

- 74 Q. Quæ actus requirantur ad con-  
sequendam quasi possessionem iurum  
incorporatorum? R. Interesse, num  
sint tales actus, qui de se ratione  
amicitiæ, vel familiaritatis non solent  
concedi, veluti aquam ducere, ligna uti  
munere, exercere iurisdictionem. Et  
tunc per unicum actum inducitur quasi  
possessionis, l. 1. §. 4. et §. 22. ff. de  
aqua quod. Et aqua. Ratio: quia  
iure suo, & cum patientia domini ea  
facere censetur. Num verò sint tales  
actus, qui solent concedi ex amicitia  
& gratia, sed ratio & non ita fre-  
quenter, ut ire per fundum alterius,  
pomum de corpore, anapomum exercere,  
&c. & tunc ad acquisitionem pos-  
sessionis plures actus requiruntur, ex  
quibus verisimiliter constare possint,  
utentem non ratione amicitie sed iure  
suo illos actus exercuisse, l. 1. §. hoc  
inter l. 1. §. de iur. et g. d. actusque priva-  
to. Schenk. n. 127. Num verò sint  
tales actus, qui frequenter, & com-  
muniter, alicui ex amicitia & bene-  
volentia concedi solent, & tunc plures  
etiam non sufficienti ad acquirendam  
quasi possessionem. Sic licet quis cen-

tes in Mortuorum, ut h. §. 1. de  
actis, ut tamen patientia concedatur,  
tunc, quod ius vult habere, ut si  
si amicitia & benevolentia, ut pro-  
re suo sibi de iur. et g. d. l. 1. §. 1. de  
en. n. 41. Quasi possessio servitutis  
negativæ acquiratur per unicum actum,  
vult cet, prohibitionem unius, & ac-  
quiescentium alterius, v. g. ego teneo  
meam domum altam. Tu verò vicini  
meus teneas eam depressam: vis  
ta non eam altius elevare; si per me  
prohibitionem interveniat, cui tu acquies-  
cis: acquiro quasi possessionem servi-  
tutis altius non tollendi: ita, ut deinceps  
decedens legitimo tempore ad pro-  
scriptionem requisito, illud ius præ-  
scribam. Ante actum verò perhibitionem  
non constitutor, in quasi posses-  
sione; quoniam non constat de animo  
possessionem acquirere volentis. Unde si  
domus tua per centum annos fuisset  
directa vel collapsa, nunquam præ-  
scriberem illud ius altius non tollendi;  
quia nulla curris sine possessione præ-  
scriptio, possessio autem sine præscrip-  
tione non acquiritur; ergo, l. 1. §. 1.  
de serv. ut. præd. Schenk. n. 129.

Quomodo retineatur possessio? Possessio  
semita acquisita retinetur, non tan-  
tū anichis, & corpore simul, l. 3.  
Cod. de acq. vel amitt. poss. Verūm  
etiam animo tantum, l. 1. §. 25. ff.  
de vi, Et vi armat. l. peregre 44. §.  
nisi. ff. de acq. vel amitt. poss. ubi aper-  
te occiditur, quod ad mundanas pro-  
ficiatens, nemine domi relicto reti-  
neat possessionem. Dummodo illuc  
proficiscatur animo re extendi, & non  
deferendi possessionem, ratio est, ne  
more annorum Baucidis ad fornacem  
excubare possessionis nostræ confer-  
vandæ causa debeamus, neve rebus  
nostris, ut spongia faxis adhærescere  
debeamus. Unde patet, quod facilius  
Yyyy 3

sit retentio ; quàm possessionis acquisitio , utpote cum ad illam solus animus sufficiat , *L. 4. Cod. de acq. terr. Acquisitio verò omnis regulariter corpus , & animus desideret. Zurf. n. 19. loc. cit. Schneid. n. 156. Struv. loc. cit. ib. 19. ex dictis suis sponte fuit, quòd si aliquis ob bellicam calamitatem, aut motus hostiles à prædio recesserit, culturamque distulerit, & tertius interim illud occupaverit, possessionem tamen civilem non amittit, sed retineat. Brunem in d. l. 4. Cod. d. l.*

76 *Quibus modis possessio amittatur?* Utilitas hujus questionis principabiter consistit in eo, quòd possessione amissa, seu interrupta enim præscriptio naturaliter interrumpatur, *L. 5. ff. de usucap.* Item omnes effectus possessionis, quos supra enumeravimus, cessant utpote cessante causa cap. 60. *de appell.* Quemadmodum vero ad acquirendam possessionem opus est corpore, & animo : ita etiam ad amittendam opus est corpore, & animo, ita, ut neque solo corpore amittatur, per quas enim civiles res nascuntur, per easdem quoque dissolvitur, *arg. lib. 153. ff. de R. J.*

Non obstat, *L. 3. §. 6. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi aperte scribitur, etiam solo animo amitti possessionem. Enim vero, ut plures alias solutiones si eam, respondeo, interesse, an qui à corpore incipiat desinere possidere, forte quia exiit de fundo ; & sic non statim amitto possessionem fundi, nisi & ejus amittendæ animum haberem : an verò qui incipiat animo desinere possidere ; fortè, quia dicit : se nolle amplius possidere : & hoc in casu licet quis adhuc existat corpore in fundo, si tamen ab animo ita comparatus sit, ut constituit : se nolle amplius possidere, dubium non est, quin amittatur possessio, *d. l. 3. §. 6.*

Itaque I. Amittatur possessio corpore & animo simul, *L. 8. ff. de acq. vel amitt. poss.* tunc videlicet, quando quis è fundo exiit, & ab animo se declaravit, quod possidere nolit. Brunem. in d. l. 8. II. Amittitur possessio animo tantum, *d. l. 3. §. 6.* quando videlicet in fundo corporaliter existens dicit, se nolle possidere. Bacov. ad Treut. vol. 2. disp. 23. *ib. fin. lib. G. §. Hnm. ad Treut. ibid. Fach l. 8. can. 21. Schneid. num. 165.* III. Amittitur possessio tam naturalis, quàm civilis inundatione maris, vel fluminis, *L. 23. ff. de acq. vel amitt. poss.* & equidem de naturali dubium nullum est, cum ubi rei non potest naturaliter insisti, perditur possessio, *L. 1. §. d. e. civilis ex eo amittatur ;* quia per inundationem interrumpitur præscriptio, *Gloss. in l. 3. §. labro. ff. cit. tit.* ergo etiam possessio ; quia stante civili possessione currit præscriptio. Dicta procedunt I. Si sit tanta inundatio, ut fundibus cunctis non possit. III. Si totus fundus, & non tantum pars ejus sit inundatus ; usu enim partis retinetur jus totius, *L. 3. ff. de acq. terr. III.* Si inundatio duret aliquo temporis spatio, tempus enim modicum, puta, unius, aut alterius diei non faceret amitti possessionem Schneid. n. 167. Zurf. loc. cit. n. 21. recedente aquà possessionem restitui, docet, *l. si ager. ff. quib. mod. usufr. amitt.* IV Amittitur possessio per violentam dejectionem, aut expulsionem à fundo proprio *L. 5. ff. de usucap. Schneid. n. 174.*

Non obstat, *L. 17. ff. d. e.* ubi dicitur, quod, si quis vi de possessione defectus fuerit, perinde habeatur, ac si possideret, cum interdictum, unde vi ad recuperandam possessionem

habent. Respondetur enim, verum quidem est, quod si de possessi me dejectus, quod item, damna, & fructus perinde habentur, ac si possideret, cum per interdictum unde vi omnia recuperet, secus autem se habet, quoad ipsam possessionem, & interruptendam prescriptionem. Ubi observa, & vehementer nota, quod tunc dumtaxat civis possessio per violentam dejectionem amittitur, quando per vim dejectus non se preparat ad recuperandam possessionem. Secus, si ad recuperandam possessionem preparat: hoc enim casu possessionem civilem non amittit, adeoque prescriptio non interruptitur, cum non desinat, civiter possidere, *arg. l. 7. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, si nolit in fundum reverti, amisisse possessionem videbitur, ergo si velit in possessionem reverti, non videbitur amisisse possessionem. *Schwend. loc. cit. n. 154. Et n. 174.*

V. Amittitur possessio, si quis rem sciat ab alio occupatam, & negligat, aut regressus ad recuperandum repulsus sit, aut timens repulsam non sit aggressus, *l. 3. § 8. l. 6 § 1 ff. d. 1. Clariss. D. P. König, loc. cit. n. 69.* plures modos amittendæ possessionis vide apud *Schwend. loc. cit.*

#### 5. RECUPERANDÆ 6.

Dictum est interdicta alia esse adipiscendæ, alia retinendæ, alia recuperandæ possessionis. Priora duorum tantum sumus, sequitur de tertio, puta interdictum unde vi quo petimus nobis restitui possessionem, quam amissimus, & de qua vi dejecti sumus, de quo interdicto extat totus titulus in *ff. de vi, Et vi armata, Et Cod. unde vi.*

77 *Casus:* Possideo fundum aliquem,

ex quo per multos annos fructus percipi, & sine ulla turbatione ejus culturam exercui. Timens vanâ opinione, se ejusdem fundi esse proprietarium, ductus, peto à me, ut ei vacuum fundi possessionem tradam. Ego id recuso. Intus me atroci vi, aut armata manu de possessione fundi dejecit. Queritur, quomodo mihi contra Titium consultum sit? R. Quod habeam interdictum, unde vi, quo peto mihi restitui possessionem cum omni interesse & fructibus.

Quid sit interdictum, unde vi? Est interdictum recuperandæ possessionis, competens ei, qui vi atroci de possessione rerum immobilium dejectus est, ejusque hæredi, contra eum, qui vi, sive per se sive per alium dejecit, ejusque hæredes universales, ad recuperandam, quanto ius possessionem cum omni interesse, & fructibus intra annum, post annum verò ad id, quod ad spoliantem pervenit.

Quibus competat? Dixi L. Comp. 78 *tenet ei, qui vi atroci, id est compulsiva, & absoluta de possessione dejectus est; nam dejecto per vim compulsivam, probabilius non competit per text. apert. l. 5. ff. de vi, Et vi armata. his verbis: Si verius tibi possessionem tradidero dicit Pomponius interdictum unde vi cessare, quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere. Faveretiam ratio; quod, qui compulsus possessionem tradidit intelligatur sua voluntate dejectus, quoniam coacta voluntas etiam voluntas est, *Zoes. ff. de vi, Et vi armata*, taliter proinde dejectus habet interdictum, quod metus causa. *Jasom in l. 4. Cod. unde vi.**

Dixi l. l. de possessione generaliter: quia interdictum, unde vi datur ei, qui dejectionis tempore possidebat. *Id*

sive naturaliter & civiliter fuit, sive naturaliter tantum, l. 1. §. dejectur ff. d. t. sive etiam civiter tantum, v. g. si in mea absentia Titius occupaverit funem, & me revertentem noluerit admittere, d. l. 1. §. dejectur, & §. siue autem corpore 24. ff. de vi & vi ar. Schue d. n. 21. Sive deinde per se, sive per alium veluti procuratorem, factorem, Colonum possiderit, l. 1. §. quod servus 22. ff. eod. Sive dejectus iuste, sive injuste possiderit: quoniam spoliatus ante omnia restituendus est, cap. 5. de rest. spo. Lat. unde advertis, hoc interdictum etiam praedoni, qui alium possessione deiecit, & iterum de illa dejectus est, competere, l. 1. §. 30. d. t. Et hoc specialem est propter odium violentiae. Procehit tamen tunc demum quando praedo ex intervallo dejectus fuit, scilicet si in continenti à spoliato dejectus fuerit, quia vim vi repellere licet, l. 1. §. 27. eod. ita ut deiciens praedonem in continenti non incadat in punitam, l. 7. Cod. unde ut detentionem omni corporis, & rerum omnia jura, & omnis ratio permittit, & quod lege permittente fit, punitam non meretur, l. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. Solvend. n. 23. Zuef. ff. de vi, & vi armat. numer. 3.

- 80 Quando autem incontinenti fieri dicatur in universum determinari non potest, adeoque deferri iudicis arbitrio relinquendum. Putat tamen Schueid. numer. 26. incontinenti hac in materia illud etiam fieri dei, quod intra aliquot dies, aut menses, in dies annos contingit. Si enim aliquis privatus deiciatur de possessione, ad recuperandam possessionem modico apparatu opus est. Si verò nobilis vel comes de castro expellatur requiritur major apparatus, qui fortè intra aliquot dies fieri non potest. Si denique

Princeps de Imperio expellatur, multò sane in liget tempore, ut cohortem colligat, & spoliatorem iterum ex possessione deiciat.

Dubitar. An praedoni interdictum, g. n. de vi competat, si à Domino fuerit de possessione dejectus? Ratio dubitandi desumitur ex l. dolo facit ff. de exceptione doli, ubi regula traditur, quòd dolo quis petat illud, quod mox ad restituendum. Verum hoc non obstante Praedoni datur interdictum unde vi contra ipsum dominum spoliatorem, l. ordinem. Cod. de rei vind. & l. 8. Cod. unde vi. Ratio est in odio violentiae posita, & quia spoliatus ante omnia est restituendus. Sub eod. n. 23. Harp. n. 6. F. de vi §. 8 cap. 14 Gul. 2. obs. 75. Schueid. n. 33. Dicitur. Hum. ad Treuth. vol. 2. ap. 28. q. 56. Ex dictis itaque habet hoc interdictum, unde vi non admittit aliquam exceptionem, quòd scilicet illa sit, sed solvatur ante omnia est restituendum, & nunc demum de vi re alterius cognita, ita d. d. au b.

Dixi III. Re-nu-mer-atum n. Patet hoc ex nostra praefatione: qui autem si quis ex possessione spoliatus, vel aduim &c. itaque adiectum hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, l. 3. §. 15. ff. d. t. Ratio: quia pro his datur actio vi bonorum raptorum, Manz. n. 5. duxi d. reman, ut enim pro recuperanda possessione rerum mobilium, vel quatuor possessione rerum incorporalium dari ferè omnes admittunt. Zuef. n. 3. Schaeid. n. 30. ubi ait etiam res mobiles in consequentiam venire in hoc interdicto, v. g. si quis dicat, se ex possessione alium, vel castri dejectum esse & intenter interdictum, unde vi. Hoc in casu etiam simul peti possunt res mobiles in aedibus vel castro existentes.

Dixi



Dixi IV. *Utrumque heredi* Intelligi hoc procedere, si defunctus dejectus sit, ut hæres possit ex persona defuncti agere, l. 1. §. 44. ff. de vi, §. vi armat. tamen enim hoc interdictum penale sit respectu ejus, contra quem redditur, ex parte tamen dejecti, rei persecutionem continet; actiones autem rei persecutorias transire ad hæreses, patet ex ult. de a. f.

8a *Contra quem competat?* Dixi V.

*Contra eum, qui vi, live per se sive per alium deiecit:* ita docet, l. 1. §. 12. ff. de vi, §. vi armat. Imò contra illum datur, qui dejectionem ratihabuit; quoniam in delictis ratihabito manivato equiparetur, l. 1. §. 14. cod. Perez. hñ. linc. Dixi VI. *Ejusque heredes.* In id videlicet, quantum ad eos pervenit, d. l. 1. §. ult. vel dolo malo eorum factum est, quo minus pervenerit, l. 2. l. 3. l. 9. ff. de vi, §. vi armat. tamen enim vulgata sit regula Juris, quod ex delicto defuncti hæres conveniatur, l. un. Cod. ex delictis defuncti. Illa tamen regula limitatur, nisi hæreses ex delicto defuncti aliquid subintrat videlicet turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda esse, l. 1. §. ult. l. 38. ff. de R. J. Harp. n. 21. Dixi VII. *Universales.* Quoniam communiter obinet interdictum, unde vi, contra successores singulares, live bonæ, live malæ fidei non dari. Ratio, quia personales actiones non transeunt in tertium, nec rem sequuntur, sed personam, l. 1. §. si heres. ff. ad SCr Trebell. Jam verò interdictum, unde vi personale est, l. 1. §. pen. ff. de interd. Facit etiam, l. cum à te 7. ff. de vi, §. vi armat. cum à te vi deieceris sum, si Titius eandem rem possidere ceperit: non possion cum alio, quam tecum hoc interdicto experiri; ergo contra singularem possessorem hoc interdictum non datur.

*Res ad iudicium.*

Non obstat l. Cap. sepe 18 de restit. spoliat. Ubi spoliatus possessionis non tantum contra spoliantem agit: sed etiam ab eo, qui scienter à spoliatore rem recipit restitutionem petit cum illo spoliatori, quasi in vitium succedat. Non respondetur verum esse, de Jure Canonico interdictum, unde vi contra successorem malæ fidei competere, scus autem de Jure Civili.

Statum autem hoc in possu Juri Canonico, utpote corrigenti, & emendanti Jus Civile. Ratio est, tum regula illa decantata, quæ docet, quod si in Jure Canonico aliquid clarè, in Jure verò civili subobscurè decisum sit, debeamus stare Juri claro, cap. 1. de nov. operis mun. tum quia versemur quasi in materia peccati: is enim acque reatum conscientie incurrit qui sciens rem aliquam injuste detinet, quum qui illam violenter invadit, d. cap. sepe 18. Harp. n. 24. Zoef. ff. de vi §. vi armat. n. 11. Et hoc procedit de possessore malæ fidei, ut contra hunc interdictum unde vi detur. Secus est de possessore, live successore singulari bonæ fidei, ed quod d. cap. 25. loquatur de eo successore particulari, qui scienter rem alienam detinet & in vitium auctoris succedit. Zoef. loc. cit. num. 22. Hertogh. b. t. n. 23. Garl. tamen lib. 2. obs. 75. n. 10. foro receptam sententiam dicit, quæ docet, interdictum, de vi, de Jure Canonico etiam contra successorem singularem bonæ fidei accommodari.

Dixi VIII. *ad recuperandam quantum possessionem:* spoliatus enim ante omnia restituendus, l. 7. Cod. ad leg. Jul. de vi, ita ut suprà diximus ut nulla exceptione, live domini sive reconvencionis, dicendo, quod me quoque deiecerit, interdictum unde vi

retardari possit; quoniam spoliatus ante omnia restituendus. *S. luerd. n. 32.* Quod tamen fallit de jure Canonico *cap. fin. de ord. c. xv.* ubi reus obiciens spoli sive reconventionis exceptionem, auditur. Dicitur autem exceptio per modum reconventionis opponi, in simili casu, v. g. Ticius deiecit me, ego oppono, quod si me prius deiecerit. *S. hainb. hic. Zoef. ad decret. de restit. spoliat. n. 11.*

Dixi IX. Cui interesse, & si uilibus L. 1. §. 32. Et 41. ff. de vi. Et vi armat. ne iniuria fiat deiectioni, & ne ex suo officio deficienti aliquid accrescat. *Perez. luss. hic. Harp. n. 37.* Habetur autem ratio fructuum ex eo tempore, quo quis dejectus est, & in hoc differt interdictum unde vi ab aliis interdictis, in quibus fructus demum die redditi interdicti computantur; L. 1. §. 40. ff. de t. Harp. loc. cit. Quod procedit intra annum, qui utilis est L. 1. ff. eod. post annum verò utilem, ad ea, quae pervenerunt, tantum tenetur, d. l. in fine.

85 Qua requirantur ad interdictum unde vi? Ex dictis facit colligere requisita huius interdicti. I. Enim requiritur, ut ex parte dejecti praebeatur possessio, & ex parte rei conventi dejectionio. L. 1. §. interdictum aut in hoc. ff. de vi, Et vi armat. *Gail. l. 2. obs. 75. n. 17.* II. Ut vi expulsiua quis dejectus sit. Unde patet contra eum, qui clam est ingressus possessionem, nulla vi adhibita non dari, quia talis vim fecisse dici non potest. *Harp. n. 14.* Tertio, ut si res immobilis, secus enim utile hoc interdictum datur.

86 Porro sciendum, praeter interdictum, unde vi, alia dari remedia pro recuperanda possessione, tam de Jure Civili, quam Canonico. Primum, & quidem de Jure Civili est ex l. si quis

in tentum 7. Cod. unde vi, ubi, qui occupat, vel rapit, aut invadit rem propriam, privatur ejus dominio; si alienam sibi debitam, perdit jus suum: si prorsus alienam, duplum cogitur restituere. *Harp. n. 39. Manz. n. 8.* Secundum est ex lege Julia de vi publica tenetur, qui vim armis committit, eoque poena confiscat o. tertie partis bonorum, *S. luerd. n. 8.* Quae tamen poena usu non observari ut. De Jure Canonico datur remedium ex cap. re integrandi caus. 3. q. 1. quod omnium plenissimum, & tutissimum, est, testis *Gail. 2. obs. 57 n. 10.*

Unde t ab interdicto unde vi. I. Quia 87 interdictum unde vi non datur contra tertium possidorem, bene vero tenendum ex d. c. redempti gratia. II. Interdictum, unde vi non datur per rem mobile saltem directum: bene verò d. remedi. *Hertog. b. t. n. 4 t.*

### §. TERTIA 7.

Tertia divisio interdictorum haec est, quod alia sint simplicia, alia duplicia. Simplicia sunt, in quibus distinctae sunt Personae Actoris & Rei, adeoque constat, quis possideat, vel non possideat. Duplicia, in quibus par uterisque litigatoris est conditio, nec constat, quis possideat vel non: & proinde unusquisque partes tam Actoris, quam Rei sustinet.

### §. DE ORDINE ULT.

Quis ordo vetus fuerit interdictorum, supervacuum est hodie dicere nam veteres ambages ruptae sunt solemnitates, & formulae antiquae. Quia autem mores Praxium hac in materia induxerint, praxis, optima rerum omnium Magistra docebit.

## TITULUS XVI.

## DE POENA TEMERE LITIGANTIIUM.

## SUMMARI A.

- 1 *Que poena mereat temerè litigantes?*
- 2 *Prima est iurandum calumnie.*
- 3 *Quod & actor & reus prestare debet.*
- 4 *Quid si nolit prestare?*
- 5 *An iuramentum calumnie requisita sunt.*
- 6 *Secunda poena est poena pecuniaria.*
- 7 *Tertia est poena infamie.*

## AD PRINCIPIIUM.

1 **H**Actenus de partibus utriusque litigatoris diximus: cum autem Reipublice intersit, lites omnui ac discordias inter cives tolli: idcirco, ne temere & faciliè quis ad litigandum procedat, ideo pro curatorio de poena temerè litigantium utulus subijciatur. Est autem istius poena triplex, puta, *iura iuratum calumnie poena pecuniaria. Et infamia*, de quibus sigillatione dicendum.

## §. ECCE ENIM. I.

2 **P**oena, propter quam litigatores à temere litigando, deterreari possunt, est *iuramentum calumnie*. Calumnia hic accipitur pro calumnia al cuius in Iudicio vexatione, l. 23. ff. de V. S. quæ ut evitetur, desertur litigare volentibus iuramentum calumnie, ad hoc ut actor juret, quod credat se iustam litigantem, reus iustam se defendendi causam habere, i que præstent talis etiam sacros. Evangelis. Dicitur, *quod credas*: hoc enim iuramentum,

non veritatis, sed credulitatis tantum est, hinc licet à parte rei iustam causam non habeat, modò tamen se habere credat, perjurus non est. *Schamb. h. c.* potest hoc iuramentum ante & post licet contestatam deferri, prout iudicii visum fuerit, *cap. 1. de iuram. calumnie*, us 7. *Schneid. n. 9.*

Debet autem hoc iuramentum præstare tam actor, quam Reus, tametsi sit persona Ecclesiastica, quod tamen procedit, si persona æt suam propriam causam agere velis *cap. 2. ff. de iuram. calumnie*, quod si autem per procuratorem quis, sive Laicus, sive Clericus litigare malit, etiam per eum, habentem ad hoc speciale mandatum id præstari potest, in animam ipsius principalis, *cap. fin. Et cap. 3. d. 1. nisi tamen* iudici visum fuerit, ut ipse principales personæ illud præstent, *d. cap. 3.* Teneantur & advocati præstare hoc iuramentum, quod videlicet sedulo clientibus suis servire, nullam injustam causam suscipere, nec lites fraudulenter protrahere velint. *Mantz. n. 8.* In his terris advocati iustis sui maneris, non in singulis causis jurant. *König ad decretal. b. 1. n. 8. Schamb. h. c.*

Quid si nolint partes litigantes hoc iuramentum præstare? Si Actor recusat, & ab iustitia actione cadit Reus verò recusans pro confesso habetur. *Novell. 124. cap. 1. auct. principales* *h. d. de iuram. calumnie*, *Mantz. n. 7.*

Consistit porro hoc iuramentum in 5 §. capitibus 1. quod credant se licet movendi, aut contradicendi iustam

causam habere, l. 2. §. 1. ff. de Jurejur. propt. calum. II. Quod à Judice interrogati veritatem celare nolint. III. Quod neque per se, neque per alium, quid dederint, aut daturi sint, promissent, aut promissuri sint; ut pro se ferretur sententia *Aash. principales. Cod. d. t. IV.* Quod scienter uti nolint falsis testibus, instrumentis, allegationibus, aut alia falsa probationis specie. V. Quod nullam in tota lite superfluum probationem velint exigere nec dilationem litis procrastinandæ causa petere, *Et l. 1. Et auth. in iho eod. Cod. Konig. loc. c. t. n. 21.* Quæ 5. capita vulgaribus hujce rythmis comprehensa sunt.

*Illud juretor, quod lis sibi iusta videtur.*

*Et si queretur, verum non inficietur. Nil promittetur: nec falsa probatio datur.*

*Utilis tradetur, dilatio nulla petetur.*

#### AD §. AT ADVERSUS.

- 6 *Pœna, est pœna pecuniaria, qua temerarii litigatores sunt mulctandi, ubi olim quidem actor, si temerè litigasset, in decimam litis partem condemnabatur, quod ipsum in defuetudinem abiit, ut loquitur text. hic. Hodie improbus litigator damnum, & impensus litis refundat, necesse est, nisi justam litigandi causam habuerit, quod prudentis Judicis arbitrio decidendum relinquitur. Manz. num. 18.*

#### §. EX QUIBUSDAM 2.

Tertia est *pœna infamiae*. Queritur autem hic, quando temerè litigantes notentur infamia? & q. quid damnati Judicio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum doli mali &c. Ra-

tio: quia in hisce Judiciis de dolo queritur, doli autem actio, & condemnatio famosa est, l. 1. §. 4. ff. de dol. non item conditio furtiva, cum urgeat tantam rei restitutionem. Similiter damnati directis, non contrariis actionibus tutelæ, mandati, depositi, quia in directis de fide rupta agitur, in contrariis non agitur de perfidia, sed de calculo & interesse actoris, quod ei ratione contractus competiturum est. *Harp. n. 6.*

#### AD §. SED FURTI QUIDEM.

Plurimum interest inter famosa judicia: num illa descendant ex contractu, num verò ex delicto: sin ex contractu, vel quasi: imponere pacisci & transigere licet, l. 7. ff. de his, qui notant infam. Sin ex delicto, v. g. in actione furti, vi bonorum raptorum *Et c.* transigere & pacisci non licet, ita, ut is, qui pecuniam dedit, ne secum ex istis causis agatur, infamia notetur. *Manz. num. 11.*

#### §. OMNIUM 3. ET ULT.

Potest etiam quis temerarius litigator fieri ante litem contestatam, videlicet tunc, quando quis, non petita venia Judicis. parentem, patronum, vel alios, quibus par honor & reverentia debetur, in Jus vocat, in quem pœnam §. 0. Aureorum constitutam esse diximus, §. *panales de est.* Immiscent aliqui huic titulo materiam de Judiciis & Citationibus, verum id magis congruenter ad latiora Digestorum volumina rejicitur. Deinde de ordine Judiciorum theoreticè multum discurrere, res parvæ utilitatis est. Sequitur

## T I T U L U S X V I I . D E O F F I C I O J U D I C I S .

### SUMMARI A.

- 1 In quo consistat officium judicis ?
- 2 Quid in noxali ?
- 3 Item quid in rei vindicatione.
- 4 Item quid in petitione hereditatis ?
5. 6. 7. § Quid in actione ad exhibendum. Item familia heriscenda & finium regundorum facere debeat.

### A D P R I N C I P I U M .

- 1 **P**ostquam Imperator intruxit partes litigantes, quomodo in Judicio agere, & se defendere debeant; jam instruit Judicem, quomodo judicare, & sententiam dicere debeat. Et in primis illud Judicem observare jubet, ne aliter judicet, quam legibus & constitutionibus Imperialibus aut moribus, sive consuetudinibus receptam & prodictam est, alias sententia contra legem lata esset ipso Jure nulla, *cap. 1. x. de sent. & re jud.* Quotuplex autem sit officium Judicis, sit de aet. docemus.

### §. I D R O Q U E I .

- 2 Ostendit Imperator hic, quodnam sit Officium Judicis in noxali actione sive judicio, in quo dominus nomine sui servi, qui noxam, id est delictum commisit, conventus electionem habeat, utrum servum noxae dedere, vel litis & damni aestimationem solvere velit. Et quidem Judex hoc in casu reum taliter condemnat, Titium Mævio in

decem aureos condemno, aut noxam dedere. Nec potest reo sive domino istum electionem adimere, quia sententia debet esse conformis petitioni actoris, *l. ut fundus 18. ff. communi dividendo*, atqui ipsa actoris petitio debet esse alternativa, alias actor plus causa peteret; ergo.

### §. E T S I I N R E M 2.

Quomodo Judex judicare debet in actione rei vindicationis? **R.** Si actor dominum non probaverit, reus absolvendus est, *l. 4. Cod. de edendo*, ubi dicitur: *actore non probante, reus, nisi nihil praestiterit, absolvendus*. Quod si verò actor dominium probaverit, Judex jubet, ut reus rem ipsam restituat una cum fructibus. Qui autem, & quales fructus debeant restitui; diximus §. 35. *Inst. de R. D.*

### A D §. S E D S I .

**Q.** hic quando reus ad restitutionem faciendam condemnari debeat? **R.** In actione quidem personali reo condemnato tempus aliquod concedi puta, 4. Mensium ad satisfaciendum sententiae, *l. fin. Cod. de n. ur. rei jud.* actiones verò reales paratam habens executionem, & in praesenti statim restitutio facienda est: difficilius enim est res alienum solvere, quam rem alienam restituere. Sanè, si possessor condemnatus neget se in praesenti restituere posse, aliqua ei petenti sine

Zzz 3      fru-

frustratione dilatio indulgentia est, debet tamen dato subeulare cavere, quod si intra tempus dilationis rem non restituerit, litis actionem solvere velit. *Manz. hic.* D. xi. *sine frustratione petenti.* Quod si verò frustratione, id est morandae restitutionis causa tempus peteret, manu militari res ab eo auferenda est, l. 68. ff. de R. V. *Harp. num. 12.*

#### AD V. ET SI HEREDITATIS.

- 4 Q. hic, quomodo Judex procedet in petitione hereditatis? R. Eodem modo, quo in singularum rerum petitione. Nam in utraque actione Judex possitorem citat unat non tantum ad ipsam hereditatem, vel rem hereditariam restituendam, sed etiam ad fructus, sed quales? diximus d. 35.

Est tamen aliqua differentia in actionem rei vindicationis, & petitionem hereditatis, videlicet, ista, quod in rei vindicatione fructus restituendi sint officio Judicis, qui profinet, ut eorum rationem habeat, nominatim sunt petendi, nimirum illi, qui ante litem contestatam percepti sunt, enim verò post litem contestatam percepti Jure actionis veniunt. In petitione verò hereditatis fructus indistinctè Jure actionis veniunt; quoniam fructibus augetur hereditas, censenturque cum ea petiti, nisi eorum nulla sit facta mentio in libello, l. 20. §. 3. ff. de hered. petiti.

#### §. SI AD EXHIBENDUM 3,

Quomodo debet Judex in actione ad exhibendum procedere? R. Sicuti in rei vindicatione, cum hac est preparatoria. Nempe jubebit, ut reus rem exhibeat, cum omni causa, quam

habuisset actor, si, cum primum ad exhibendum agebatur, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usu capta aut perditam fuerit res, nihilominus reum condemnabit, in ejus rei actionem, habita & fructuum medi temporis, quod est inter litem contestatam, & rem judicatam, ratione.

#### §. SI FAMILIÆ 4.

Quid agere debet Judex in familiæ heriscunda actione? R. Quod Judex singulas rei singulis heredibus adjudicare debeat. Et si in alterius persona pregravare videatur adjudicatio, id est, si contingat rem unius pretiosiorē esse, hunc alteri, cujus res est minoris, incertam pecunie summam condemnabit, ut sic fiat adæquatio. *Perez. Et Schanz. hic.*

#### AD V. EO QUOQUE NOMINE.

Quid si verò unus ex heredibus 6 solus fructus percepisset? R. Quod eo quoque nomine coheredi condemnandus, & ad communicanda commoda compellendus sit. Item est, quando unus heredum rem hereditariam corripuit, tunc alteri pro sua rata satisfacere tenetur. *Manz. hic.*

#### §. EADEM 5.

Quod Judex in familia heriscunda idem in communi dividendo curare debet, tam circa divisionem rerum, earumque adjudicationem & condemnationem mutuum, quam circa præstationes personales. *text. hic.* Et l. 3. l. 6. §. 1. ff. commun. divid. Quod si res talis in communi sit, quæ aut non commode, v. g. fundus, qui divisus, neutri utilis

lis esset, aut partes pro diviso planè non recipiat. v. g. *Servus*, aut *Juramentum*, tum tota res uai adjudicanda, is autem, cui a iudicata vice sitim alteri in certam pecuniam, quâ pars illa æstimatur, con se mandus est. *hoc. § l. 3. Cod. Commun. divid.*

### §. SI FINIUM 6.

- 7 Explicet hic Imp. quodnam sit officium Judicis in actione finium regundorum. Et imprunis monet Judicem, ut attendat, & examinet secum, an sit necessaria adjudicatio, nec ne? Nam si veteres terminos, qui vel ab homine, vel inundatione fluminis, sunt evulsi, commode potest reponere, & renovare, non debet partem agri unus adjudicare alteri, sed antiquos terminos sequi. Ratio; cur enim sollicitus esset de novo, si constet de antiquo? Si verò antiqui termini sunt valde obscuri, & confusi, ita, ut commodius sit evidentioribus finibus distingui, quam olim fuerint distincti, tunc necesse est: ex alterius agro partem aliquam adjudicare, quo tamen in casu conveniens est, ut is alteri in certam pecuniam summam condemnatur, quando scilicet ea pars agri erit,

ut nimirum tali modò æqualitas conservetur.

### AD V. EO QUOQUE NOMINE.

In hoc iudicium finium regundorum eo quoque nomine aliquis condemnandus est, si quid circa fines & terminos malitiosè commisit, v. g. quia lapides finales eruit; movit, aut furatus fuit, vel quia arborum finales excidit. Quo in casu in id, quod altiorius interest, condemnatur, quanti scilicet in litem fuerit juratum. *Manz. n. 4. Schn. ed. n. 1.* Similiter si, cum Judex mitteret mensorem, & juberet metiri agros, & id alter litigantium ex contumacia passus non sit fieri, tunc tanti eum Judex condemnabit, quanti in litem actor juraverit, *Manz. n. 5. Harp. n. 4.*

### §. QUOD AUTEM FIN.

Quis ergò est effectus ad ulicationis in istis tribus iudiciis? R. Quod statim res fiat ejus, cui adjudicata est. Nam adjudicatio est quædam species domini acquirendi, & iusta causa usucapiendi. Dixi *statim*, id est, enim ante traditionem, ratio; quia ipso jure transferatur dominium, sicuti in legatis, *l. 64. ff. de furs. l. 80. ff. de legat. Manz. n. 3*

## TITULUS XVIII.

### DE PUBLICIS JUDICIIS.

#### SUMMARIA.

- 1 Quia sit differentia inter publica, & privata iudicia?
- 2 Desinitur crimen publicum.
- 3 Majestas alia divina, alia humana.
- 4 Desinitur in genere crimen læsæ Majestatis.

- 5 A solo subdit. committitur.
- 6 Desinitur in perniciem, & crimen Majestatis in pecore.
- 7 Desinitur crimen Majestatis in specie.
- 8 An in solum Principem Romanum committatur?
- 9 In quas personas crimen læsæ Majestatis propriè fiat?

- 10 *An in alios Reges?*
- 11 *Item in Imperatricem committatur?*
- 12 *Revenjuntur aliqua singularia in crimine lese Majestatis.*
- 13 *Qua pena sit perduellionis, & lese Majestatis?*
- 14 *An liberis perduellionis debeat legittima, & quomodo socii puniantur?*
- 15 *Definatur adulterium.*
- 16 *An committatur in sponsam?*
- 17 *Enumeretur species adulterii.*
- 18 *Qua sit pena iudicis?*
- 19 *Quid sit suppositum?*
- 20 *Et quod sit pater?*
- 21 *Definatur homicidium.*
- 22 *Quod sit sit homicidium?*
- 23 *An omnis occidendi praesumatur, si quis instrumentum ad reclusionem non aptum usus sit?*
- 24 *Quid Juri sit, si quis consilium dederit, vel auxilium tulerit ad eadem hominis?*
- 25 *Qua sit differentia inter mandare, & consilium alicujus occasionem?*
- 26 *Qua sint requisita ad moderamen inculpatae tutelae?*
- 27 *An insultatus teneatur fugere?*
- 28 *Pro defensione rerum, an occiso permissa?*
- 29 *Quid Juri? si quis consensit homicidium, dicat tamen, se fecisse ad sui defensionem?*
- 30 *Quid sit homicidium?*
- 31 *Venefici quae pena afficiantur?*
- 32 *Quomodo patriciae olim, & hostes puniantur?*
- 33 *Et 34. Quid sit crimen falsi? & quot modis committatur?*
- 35 *Quando dicatur fieri vis publica, & quando privata?*
- 37 *Reptus quomodo puniatur?*
- 38 *Quid sit crimen peculatus?*
- 39 *Quomodo puniatur plagarii?*

40 *Quid sit crimen ambitus?*

41 *Quid crimen repetundarum?*

42 & 43 *Item quid sit crimen amonae flagellatae. & quid crimen de re seduci?*

POSTQUAM Imperator absolvit judicia privata; nunc transitum facit ad judicia publica, quorum variae species hoc titulo recensentur, de quibus in ordine.

#### AD PRINCIPIMUM.

Magna, inquit hic, Imperator, differentia est inter judicia publica & privata, in instituendo & exercendo, illam tamen differentiam non explicat, patet tamen aliunde; nam privata judicia instituuntur per actiones. Judicia vero publica vel per accusationem, vel per denuntiationem vel per inquisitionem. Accusatio est delicti alicujus seu criminis apud Judicem vindictae publicae causa, delatio solenniter facta. Inquisitio est investigatio criminis à Judice ex officio instituta, fama vel alia iusta causa praevia. Quae idcirco à Jure recepta est, ne deficiente accusatore delicta maneant impunita. Denuntiatio, quae est alicujus criminis per ministros publicos, ad hoc constitutos apud Judicem facta proditio, ut fiat in reum inquisitio. Schamb. hic. vers. sum autem.

#### §. PUBLICA I.

Publica autem (inquit textus) dicta sunt, quod citius & populo executio, seu accusatio eorum plerumque datur. Putant aliqui his verbis contineri definitionem judiciorum publicorum. Sed parum accurate: allusio enim est, & vocis explicatio, non vera definitio; nam delicta publica reperias, quorum accusatio non cuivis à populo permittitur. Sic adul-



adulterium crimen est publicum, nec tamen omnes deferre id possunt, sed illi tantum, qui vero dolore ad accusandum impelluntur, puta, maritus, pater, frater, patruus, avunculus. Extranei vero ab adulterio accusat. one repelluntur, *l. 1. Cod. ad leg. Jul. de adul.* sic etiam crimen suppositi partus est publicum, nec tamen accusare in omnes possunt, sed illi saltem, ad quos ea res pertinet, *l. 3. § 1. ad Cornel. de fals.* Regulariter itaque verum est, quod iudicia publica plerumque a quovis de populo accusari possint, ex eo solum tamen non aestimantur, sed ex eo, quod lex certam formam & poenam crimini praestituat, idque publicum efficiat. Unde expeditissime crimen publicum definiens hoc modo: *est delictum, quod speciali lege publicum efficitur est.*

- Intrinsecè itaque, & suspex naturâ nullum crimen est publicum, sed recipit denominationem hanc à forma extrinseca, puta, dispositione legis, facinus aliquod in classem delictorum publicorum referentis. Hinc licet crimen aliquod suspex naturâ sit valde aurox, si tamen lex nulla supponat, quæ in censum delictorum publicorum id referat, non censetur publicum, *l. 1. §. de publ. iud. Glessile. part. 4. de criminib. publ. cap. 1. n. 1. Et 2 Harp. loc. n. 1. 3 Schneid. n. 2.*

Ex dictis Colliges 1. Blasphemiam in classem delictorum publicorum non pertinere, legem enim nullam reperies, quæ blasphemiam crimen jubet esse publicum. *Glessile. m. 3. diffens. Gomez. ques. 3. cap. 1. n. 2.*

Colliges II. Populares actiones, licet omnibus pateant, *l. 1. §. l. 4. §. de popular. action. v. 2.* actio alibi corruptæ, actio sepulchri violatæ, actio de via publica &c. ad iudicia publica pertinere, quia nulla lege, nullâ constitutione ad iudicia publica referuntur. *Harp. n. 3.*

Item ad infamant.

Dixi suprà pârnuque iudiciis publicis à quovis de populo accusari posse: probantur enim aliqui propter statem, ut pupillus; alii propter sexum, ut mulier; alii propter Sacramentum, ut milites; alii propter munus, ut magistratus alii propter delictum, ut infames, alii ob statum, ut servi &c. *Harp. n. 3.*

### §. PUBLICORUM 2.

Iudicia publica alia sunt capitalia, alia non capitalia sent. *loc. cit. §. l. 2. §. h. 2.* Capitalia sunt, quæ vel mortem naturalem vel civilem inferunt, seu (ut testus habet) quæ ultimo supplicio efficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Non capitalia sunt, quæ pecuniaria poenâ, aut corporis aliquâ coercitione aut relegatione puniuntur. *sent. loc. cit. §. l. 2. §. h. 2.* juncta semper infamia, quam in his iudiciis sequitur, *l. 7 §. h. 2. l. 1. §. de his, qui notant. infam. Schneid. hic.*

### §. PUBLICA 3.

De Crimine lesæ Majestatis. Inter delicta publica atrocitate præcellit crimen Majestatis, quod nostri tam grava, tamque immane reputant, ut sacrilegio proximum esse reputent, *l. 1 §. ad leg. Jul. Majest.* Majestas alia divina est, alia humana. Divina ad Deum optimum maximum, ejusque cultum seu divinam religionem refertur, *l. ult. Cod. de firmit.* In hanc deliquisse dicitur, qui id agit, quod directe tendit in diminutionem honoris divini. Tales sunt blasphemæ, hæreses, apostasæ, incantatores, malefici &c. *Harp. n. 3. hic. Zoef. §. d. 1. n. 1.* De blasphemia, hæresi, & Apostasia solide scribit *Glessile. tract. de crimin. publ. c. 3.* Humana Majestas est, quæ ad Imperatores vel ad principem refertur, in hanc deliquisse dicitur, qui contra Imperatores, ejusque salutem & tranquillitatem aliquid hostile machinatus, vel molitus est.

A 2222

Hoc

4 Hoc definitur à variis variè. Expedi-  
lissime hoc modo: *est delictum quod licet in*  
*q. o. M. p. s. l. humana l. editur a subdito:*  
Dicitur subdito communiter enim inter  
DD. continet crimen læsæ M. c. latus a so-  
lo subdito, non etiam ob exteriori commi-  
ssum, si in M. p. statem, cui subd. c. non  
sunt, et conquant, ut hostis vel prodito-  
res aut exploratores sunt puniendi.  
*Glossæ de crim. pub. cap. 2. §. 1.*

Quod autem a solo subdito crimen  
læsæ Majestatis committatur, ostendit  
*per Clem. 2. vers. vixit de sent. Et re*  
*jud. ubi dicitur Rex fictendo confeder-*  
*ationes, & conspirationis insensit cum*  
*Imperatorum Romanorum, dicitur nega-*  
*tur crimen læsæ Majestatis committitur,*  
*propterea, quod Imperatori Romano sub-*  
*ditus non fuerit. Hanc sententiam am-*  
*plius dicitur, ut. Hum. ad Treut. vol. 2. lib. 1.*  
*de p. 32. it. q. 4. Et ibi Bach. v. Gron. v. ar.*  
*Refol. tom. 3. cap. 2. n. 10. 2. et loc. cit. n. 9.*  
*Hic. hic n. 49. Ludw. hic n. 6. Ex quo*  
*sequitur, si c. reus delinquit in Impera-*  
*toris, etiam in læsæ Majestatis non com-*  
*mittitur, quoniam clericus laicorum im-*  
*p. extra prius est. Ita dicitur M.*

5 Non dicitur, quod extra territorium peregri-  
ni, si in territorio suo adversus Principem  
delinquit, a hunc reus, quod inquam,  
ratione d. l. h. i. si cum hoc fortantur, ac  
proinde iuxta leges loci puniri possint.  
Eum vero q. Dicitur a d. c. peregri-  
num ubi cimen, quod adversus Principem  
committitur, non potest, & posse, arguam  
reum M. p. latus. Proinde nos ipsi concedi-  
mus, potestis negare. *Glossæ loc. cit.*

6 Dicitur crimen Majestatis in per-  
diti et actu, & crim. i. *M. p. s. l. in p. s. l. e.*  
Per delictum est delictum publicum, quo  
hostis, & adversus Principem aut Repu-  
blicam committitur subdito, *text. hic.*  
Quod variis modis contingit; v. g. si  
quis in necem Principis conspiraverit, l. 4.  
*ff. ad l. Jul. Majest.* Si quis seditionem

excitaverit, l. 1. §. 1. *ff. rod. si quis hosti se-*  
*creta Principis revelaverit, d. l. 1. §. 1. Si*  
*quis ultra vel urbes hosti tradiderit, l. 3.*  
*ff. rod. Pures modos recenset Glossæ. c. 7.*  
*2. §. 4. for. ar. Crimen Majestatis in spe-*  
*cie d. n. tur, quod sit delictum publi-*  
*cum, quod d. n. tas Principis, aut Repu-*  
*blicæ extra hostilitatem l. editur a subdi-*  
*to, v. g. si quis statuas Principis, jam*  
*cui statuas violaverit, puta, traxerit, cap-*  
*it. l. 1. et aut conspurcaverit &c. Sane sta-*  
*tuas non consecratas, h. e. sine permisso*  
*P. n. ipsi auctoritate privata collocatis,*  
*si quis violaverit, crimine hoc non ob-*  
*stringitur, l. 4. ult. l. 5. l. 6. l. 7. h. i. ff. ad*  
*leg. Jul. Majest.* Item committitur crimen  
Majestatis, si monetas quis adulterave-  
rit, l. 7. *Cod. de fals. monet.* Si quis priva-  
tos carceres habuerit, l. 1. *Et 2. Cod. de*  
*privat. carcer.* Si quis confugientes ad  
Ecclesiam inde abstraxerit, l. 2. *Cod. de*  
*his, qui ad eccles. conf. Et Glossæ loc. cit.*  
*n. 21. Zoff. ff. d. tit. n. 6. Et 7.*

V. s. quid & quodplex sit crimen  
Majestatis, qui illud committant, & quo-  
modo committatur, sequitur, adversus  
quos committatur. Committi autem po-  
test in genere adversus omnes, qui Ma-  
jestate fulgent, h. e. qui summam in sub-  
ditos, & legibus solutam potestatem ob-  
tinent, siue Reges sint, siue Optimates,  
siue denique populus, *arg. l. 1. ff. ad leg.*  
*Jul. M. l. 4. Cod. rod.*

Contendit equidem *Farb. l. 9. c. 23.* ad-  
versus solum Principem Romanum cri-  
men hoc committi, eo quod textus ad-  
ductus de principe non alio loquantur,  
quam de Romano. Sed in spongiam in-  
cumbit hoc argumentum. Nam ideo d.  
l. 5. de solo Principe Romano loquitur  
quasi, ne temporis divinari non poterat,  
orbem Romanum in plura regna quon-  
dam dissepantem, Ex postquam dissectio  
in partes imperio, novi Principes jux Ro-  
manum receperunt, utique etiam recepu-  
runt

rem memoratam constitutionem, cum  
 le-*re* speciali huic non derogarent,  
*Cuerus. loc. cit. §. 3. n. 1.* In spe. re com-  
 mittitur crimen Majestatis I. Adversus  
 Pontificem utpote supremum caput, &  
 superiorem non recognoscentem II. Ad-  
 versus Imperatorem Romanum, de quo  
 Jure dixeris, quod ex p<sup>o</sup>ssent authorita-  
 te, ut a l<sup>o</sup> lucem eius supremæ Potestatis  
 reliquæ, velut stelle ad radios solis expul-  
 lescent. III. Adversus Electores imperii.  
 Ita aperte statuit *aur. Bull. c. 24. Harp.*  
*n. 17 IV.* Adversus Consiliarios Principis  
 quia pars censentur corporis princi-  
 palis, l. 15. *Cod. de l. Cistle n. 6. Harp.*  
*n. 15 Schamb. vers. quæst. hic.*

- 20 Q. I. An crimen læsæ Majestatis in  
 Principes, superiorem non recognoscentes,  
 quales sunt Hispaniæ, Galliæ. Ang-  
 liæ, Poloniæ, & Daniæ Reges, a subdi-  
 lis ipsorum committitur? multas dispu-  
 tationum ambagibus involuta est que-  
 stio illa. *Negativum* utrique manu pro-  
 pugnant *Fach l. 9 c. 32 Harp. n. 19. bar.*  
*Wesemb. in parat. ad l. Jul. Majest. n. 4 Ed. 7.*  
 Moventur I per §. hu. 3 ubi discrete scrip-  
 tum est, crimen læsæ Majestatis contra  
 Imperatorem vel Republicam commit-  
 ti; alii Principes sive superiorem re-  
 cognoscentes, sive non, Imperatores tamen  
 non sunt, ergo illud vulgatum ipsius oc-  
 curre p<sup>o</sup>ssis, quod inclusio unus exclu-  
 sio alterius, l. 21. *Cod. de procurat. II.*  
*Quia in l. ult. Cod. de abol. crimen læsæ*  
*Majestatis & cri- ren patriæ, quam quis*  
*hostili manu debellavit, sibi invicem op-*  
*ponuntur signum proinde evidens est,*  
*eum, qui in patriam vel civitatem, licet*  
*superiorem non recognoscentem, deli-*  
*quit, reum læsæ Majestatis non esse III.*  
*Quia in aucta Bulla Caroli IV. singulari*  
*privilegio Principibus electoribus tribu-*  
*tum est, ut crimen læsæ Majestatis in ip-*  
*sos committitur, ergo videtur Jus com-*  
*mune esse in contrarium, exceptio enim*

fermat regulam in casibus non exceptis,  
 l. 102. §. *de legat. 3.*

Verum his argumentis non habet in con-  
 trarium remota-*bus* subiectis. Themi-  
 tivæ, cui patroc<sup>o</sup> natur *Zuof. ff. ad re Jul.*  
*Majest. n. 3 Hæm. ad Tremid. vol. 1. re.*  
*de p. 22. q. 3. Ludw. hic.* Ratio I. Quia  
 Majestate tulgent, ergo si quid in ipso  
 committatur, crimen læsæ Majestatis erit,  
 ubi tamen lædatur Majestas, crimen læsæ  
 Majestatis commissum esse dixeris Rat<sup>o</sup>  
 II. desumitur ex l. 7 §. 1. §. *de capitu. & p.*  
*passim. reus,* in aliis verbis: *alio: cui po-*  
*puli Majestatem,* quibus evincitur plus,  
 quàm manifestè sitne aliorum etiā n<sup>o</sup>  
 populorum esse Majestatem & quia læsa,  
 crimen læsæ Majestatis commissum erit.

Ad I. R. Non fuisse mentem & in-  
 tentionem Justiniani Imperatoris, de  
 quovis læsæ Majestatis crimine tractare.  
 Sed de illo solum, quod à civibus Roma-  
 nis committitur, his enim solum p<sup>o</sup>ss<sup>o</sup>  
 cripta & sancita erat lex Jul. 2. Ad II. R.  
 Concedendo crimen læsæ Majestatis &  
 oppugnatæ patriæ sibi invicem opponi,  
 sed id de tali oppugnatione patriæ intel-  
 ligendum, quæ non ponit crimen læsæ  
 Majestatis, puta, quod talis patria sit,  
 quæ superiorem agnoscat, v. g. *Principem*  
*Electorem &c.* Ad III. R. Argumen-  
 tum à contrariis contra expressè Juri  
 textus non p<sup>o</sup>cedere, prout est *textus d.*  
*l. 7 §. 1.* Deinde nulla ratio hinc, ut san-  
 ciretur, crimen læsæ Majestatis in pre-  
 memoratos Reges committi, quoniam  
 id aliunde clarum erat, in eis commissis  
 eò quod Majestate fulgent.

Mihi, ut verum sciam, negat<sup>o</sup> senten-  
 tia in e<sup>o</sup>re Juri videtur verisimi-  
 lior, ex hac potissimum ratione quod  
 actus, & *hæc* a<sup>o</sup>l<sup>o</sup> patriæ de Imperatore  
 Inquantur, licet proinde reconcili<sup>o</sup> reges  
 Majestate fulgeant, & sic pat<sup>o</sup> in eo talis  
 esse videtur, quia tamen in odiosis res-  
 sumus, poena non videtur ad eos exten-

denda, qui lege difcreti non sunt comprehensum. In reliquis Principes, Comites, & Barones Imperii, licet quoque crimen læsæ Majestatis committi aliqui autement. *Hum. d. lo. q. 6.* contrarium tamen verius est, eò, quòd, nulla in iis propriè Majestas residet, ut proinde crimen læsæ Majestatis in eos committi non possit.

Non obstat, quòd & isti pars corporis Imperatoris esse censentur, *arg. l. 1. Cod. ad leg. Jul. Majest. 2.* Enim, id, quod ibi singulariter in consiliariis Principibus constitutum est, ad consequentiam trahendum non esse, cum odia potius restringenda, quam amplianda sint, *cap. 15. de R. J. in 6.*

- II. Q. II. An crimen læsæ Majestatis committatur in Imperatricem? *2.* Si lubeat de rigore Juris discurrere, cœtum est, nec in Imperatricem, nec in Regem Romanorum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd simul in odiosis, & dictæ personæ sub lege non sint comprehensæ. Ratio tamen tum politiciæ, tum æquitatæ exigat, ut asseratur, tam in Imperatricem, quàm Regem Romanorum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd utraque persona Majestati subiacet. Vide *Glossæ de criminib. publ. cap. 2. §. 3. n. 7.*

- III. Illud observandum, ob enemicitatem hujus criminis multa singularia, quæ in aliis criminibus non obtinent, de Jure statuta reperiri. I. Enim nulla etiam voluntas, licet non fuerit in effectum deducta, facit huic crimini obnoxium, *l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* quod tamèn cum grano salis intelligendum, quatenus videlicet nuda voluntas in actum exivit exteriorem, ita ut comatus aliquis adverteretur; nam nudam & solum voluntatem interiorem, absque ulla tractu exteriori ad hoc crimen non sufficere, forè in confesso est; quoniam

Juris est, ut cogitationis poenam nemo patiarur, *l. 18. ff. de poenis & actus morè interni, qui scilicet in solo animo & cogitatione consistunt, non cadunt sub legem humanam. Konig. de constitut. n. 19. ad decretal. Zoef. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 11. Harp. n. 42.* Unde sequitur nimis rigidam fuisse sententiam Curie Parisiorum, quæ nobilem, qui Franciscum I. se occidere voluisse sodali Franciscano religiose confessus erat, capitis condemnavit, quæ de re Roden. lib. 2. de Republ. cap. 5. pag. 276.

II. Crimen hoc deferre possunt, qui jus accusandi aliis non habent, puta, famosi, milites, mulieres, *l. 7. §. 2. l. 8. ff. h. t.*

III. In Q. hujus criminis nulla dignitas à tortura eximit, *l. 3. l. 4. Cod. ad leg. Jul. Majest.*

IV. Quod illi, qui pro reo Majestatis intercedunt, perpetui nocentur infamii, *l. 1. §. 2. Cod. eod. Schamb. hic. Glossæ. loc. cit. §. 4. n. 3.*

Pœna huic crimini præstituta variat, & alia est, si sermo sit de perduellionis crimine, alia si de crimine læsæ Majestatis in fœcie. Pœna perduellioni præstituta concernit vel ipsum perduellem, vel liberos, vel denique consocios.

Ipsæ perduellens severè admodum puniatur. I. Enim ultimo afficitur supplicio, *l. 5. Cod. h. t. l. 3. ff. eod. §. 3. h. t.* Et consuetudine membra in 4. partes secantur, vel perduellens igne, aut etiam suspendio puniatur. *Harp. n. 45. Zoef. loc. cit. n. 17.* II. Perduellens memoria etiam post mortem damnatur, *§. 3. h. t.* ita ut de hoc crimine etiam post obitum delinquentis cognosci & procerari possit, *l. 6. l. fin. Cod. ad l. Jul. Majest.* Secus quàm in aliis criminibus, quæ morte reorum extinguuntur, *l. 2. §. 3. Cod. si reus vel accusat.* Itaque memoriam antem defuncti damnari nihil aliud est, quàm

quibus etiam post mortem infamem dici, statutus ejus, & insignia in honorem ejus erecta, edita, affixa tolli, eliminari atque deleri, *Srbamb. loc. III.* Non perduellis omnia publicantur, sive conf. *concur. d. l. 6. Et ult. cod. 12. n. feudalis tom. allodialia. Zoef. loc. cit. n. 17* ipso Jure, ut sententia definitiva non sit necessaria: nam declaratoria requiritur ad effectum executionis, *arg. cap. cum se. eundem de hered. ut 6.* nisi crimen omnino sit notorium. *Gall. de pace pub. lib. 2. cap. 36. n. 16. Et n. 17.* Ex hoc quoad bona rei, quæ sunt in territorio principis, cujus Majestas læsa: alibi sita non possunt dici publicata, cum lex non extendat se ultra territorium Legislatoris, *cap. 2. de cons. n. 6.* Salva etiam manet uxori sua dos, & usufructus donationis propter nuptias quoad vivit uxor, post mortem enim uxoris cedit fisco, *l. 1. Et uxores Coad. d. tit. Zoef. hic ff. n. 19. Brunn. in d. l. 1. n. 29.* Poena hæcenus recensita affi iuntur ipsi perduelles. Liberi verò perduellium sequentes poenas incurrunt. I. Perpetua notantur infamia, *d. l. 1. §. 1. II.* Privantur honoribus & dignitatibus, ne recipi prohibentur in numerum militum, *d. l. 1. §. 1. mor. Bull. tit. 24. §. 1.* Imò tales reputantur, quibus vita simpliciter, & mors solatium. *Matz. hic.* Ad filias tamen poena hæc non pertinet. Hæc enim, quæ ob vitam infirmitatem minus austeræ credunt, Mater in legitimam succedunt, *d. l. 1. §. 3. Brunn. ibi. n. 21.* IV. Privantur testamenti factione passiva, ita, ut ne quidem ex testamento extranei capere quidquam possint, *d. l. 1. §. 1. Gletsle de crim. lib. publ. cap. 2. §. 6. n. 1.*

24 Q. III. An liberis perduellium ex bonis patris perduellis non factum debeat legitima? *xx.* Interesse, an per legimum determinata legibus portio, puta triena, vel semis intelligatur, an verò alimenta?

Si prius certum est, legitimam non debere, *l. 1. §. 1. Cod. ad leg. Jul. Majest.* ubi bona perduellis omnia fisco transcribuntur, hoc ad perpetuam egestatem liberi damnantur, quod non fieret, si liberi patri perduelli in triente vel semisse succederent. Si posterius, puta legitimam salutem ex ratione acquiritis debere, quoniam necare dicitur, qui alimenta negat, non autem est finis Principum necare liberos, cum diserte in *d. l. 1.* proficiantur, quod vitam illis lenitate Imperatoris indulgeant, *Gletsle. loc. cit. §. 6. n. 7. q. 3.*

Q. IV. Pertinentne ad memoratam constitutionem liberi, tam ante, quam post commissum crimen admissi? *vide Gletsle. loc. cit. cont. 4.* Socii & consilii hujus sceleris eadem poena afficiuntur, quæ ipsi perduelles, *d. l. 1. §. 6.* ubi tamen sequor videtur sententia, quod sola reticentia, forte quia sufficienter crimen probare non potest, non sufficit ad incurrendam hanc poenam, quod enim quis probare non potest, scire non intelligitur. *Zoef. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 13. Gletsle. loc. cit. §. 7. n. 2.* In reos criminis læsæ Majestatis in specie tanta poena non est constituta, sed secundum circumstantiarum qualitatem, vel deportatione, vel relegatione, vel etiam gladio puniuntur, *l. 34. l. 40. ff. de pœnis §. 3. hic.* Poena alius, v. g. *detentio, trux memoria, confiscatio, &c.* non subijciendos esse, varius est, *Gletsle. d. loc. §. 2. Harp. n. 22.*

#### §. ITEM LEX JULIA 4.

II. Crimen publicum est adulterium, quod n. huius est aliud, quàm *coactus cum persona, alteri legat.* De Jure Civili tunc tantum dicitur committi adulterium, quando nupta violatur, *l. nupt. §. 1. ff. ad l. Jul. de adul. sive à conjugato, sive à soluto, d. l. nupt.* ut proinde

adulterium non sit, si maritus negotium illudcum habuerit cum finita; sed reatum Iluprum erit. Ratio, quia Jus civile principaliter confutionem seminis, & incertitudinem prolis considerat, eaque de causa adulterium specialiter execratur, & tanquam Reipublice noxia, graviter puniunt. De Jure vero Canonico adulterium committitur, siue solutus cum uxorem carnaliter cognoscit, live cum uxor solutam, siue conjugatam conjugatam. Ratio, quia sacri Canon non ethicum civilem, & damnum ob incertitudinem prolis, in patrimonio contingens, sed reatum in conscientia, & laesionem iustitiae, & fidei ceteris uxoribus considerant. nec virum, & uxorem ad impetia iudicant. *can. 19. caus. 32. q. 1.*

- 16 In controversiam capitur; an adulterium committatur a sponsis? Quin in sponsam de praesenti, puta, matrimonio rata jam viuicuiam, adulterium committatur, dubitandum non est; talis enim vera conjux est, cum consensus non concubitus faciat nuptias. Facit & *cap. 6. de eo, qui cognovit. consung. ux. sua.*

Dubium duntaxat est de sponsa de futuro. Et videtur docendum, & in hanc committi adulterium per l. 4. *uxor. 13. §. de i. 3. ff. ad leg. Jul. de adulter.* his verbis: *Dei Severus, Et Antonius re-fert-perfuerunt, etiam in sponsa hoc idem uindictam, quia in hoc matrimonium qualicumque, in quo ipse uolare permittitur.*

Verum, probabilius est, in sponsam de futuro non committi adulterium. Ita *Zorff. ff. ad leg. Jul. de adulter. n. 6. Konig. ad decret. de adulter. Et sup.* Ratio sola, sed subtilis est posita in ipsa definitione adulterii, quod est violentio thori, & adulter dicitur corruptor alienae Maritum. sponsalia autem de futura thorum non ponunt, nec sponsa aliena dei ei potest Materiam.

*Ad d. l. 13. §. 3. ff. de i. in sponsa* hoc idem vindicandum, ut *supra*, *con. ut adulterium nego.* Sensus legis, quod, sicut marito permittitur vindicare adulterium ob injuriam, eidem illatam, ita & sponso permittatur ruptum sponsae vindicare. Ita communiter Poena adulterii olim de Jure Civili varia erat. De Jure Codicis est poena gladii constituta, l. 30. §. ult. Et l. 9. *Cod. eod.* Verum, haec poena in muliere mutata fuit. *Nov. 134. §. mulier. vero 7.* atque sanctum est ut mulier, rea adulterii, virgis caderetur, atque in monasterium detruderetur, & si maritus intra biennium illam ad se non revocaverit, ibi toto vitae suae tempore, tanquam in carcere manere, & poenitentiam agere cogeretur, *cap. 9. de confes. conjugat.* Sed & ista poena in Germania parum frequentata fuit: rationi enim esse contrarium videtur, loca sancta impudicos mulieribus reperi. *Maa. l. u. n. 1. Et 6.* Illud certum est, licet antiquae poenae non amplius observentur, quod adulterii poena illa adhuc viget, quod mulier emittat dotem, & maritus donationem propter nuptias. *Nov. 117. §. 8.* Et in terris Aetholicorum communiter constitutum vel usu introductum est, ut tam masculi, quam feminae propter adulterium, maxime si duplex & bilaterale sit, gladio feriantur. *Berlich. conclus. praef. l. 4. cap. 17 n. 20.* In terris vero Catholicorum fere ubique receptum est, ut adulteri saltem prima, & secunda vice non gladio aut poena capitali, sed carceribus, relegatione, aut poena pecuniaria, vel confusione aliqua puniantur. *Engel. de adulter. Et sup. n. 6.* Inter cetera adulteros poena minus levissima, multis conquerantur, & principes in hoc delicto calligando mis clementes, aut negligentes gravis peccati arguit. *Clarif. D. P. Konig. ad decret. eod. tit. §. 6.*

## AD V. SED EOS.

- 19 Eadem pena gladii de Jure Codicis, & l. *strenu* num puniuntur sodomitici rei. Verum exasperata est hæc pena per constitutionem Carolinam, neque comburi jubentur.

## AD V. SED EADEM.

- 20 Ex eadem lege Julia prohibetur, & coercetur stuprum, quod est concubitus soluti cum soluta virgine, aut vidua, honeste vivente, *Inter stuprum ff. de V. S. Dixi. de virginitate*, nam, cum interstret, quæ pro quodlibet corpus venale proutitur, non stuprum, sed fornicatio committitur, cujus pena est arbitraria, *Harp. n. 58 hic*. Porro, stuprum vel simplex sive voluntarium, vel violentum est. Illud facit nunc volenti, & sponte consentienti: hoc invito, ac vi compulsæ inferitur. Pena prioris de Jure Civili est publicatio dimidiæ partis honorum in honestioribus, in humilioribus castigatio corporis cum relegatione. §. 4. *Just. tit. De Jure canonico* jubetur, Stuprator corruptam ducere, vel ut aliqui legant, & ducere, *cap. 1. de adult. ff. de Jure*. Pena stupri violenti est adhuc hodie ultimum supplicium, *caus. Carol. art. 119. Menz. n. 15 hic*. Cæterum, puella in dubio præsumitur Virgo, & nec ante virginem incumbit probatio, quod prius ab alio fuerit deſlorata, quæ quibet præsumitur bonus, donec probetur contrarium, *l. merito ff. pro socio, & puella habet præſumptionem naturæ pro se, cum Virgo nascatur. Regol. d. l. muni. 14.*

## §. ITEM LEX CORNELIA.

- 21 Succedit tertis publici Juris species, puta, homicidium, quod leg. Cornelia de ſicariis puniunt. Homicidium deſinitur, quod sit *hominis corporis animæ pe-*

na, *ut n. ab homine facta*. Nam, si homo à fera, vel bruti occidatur, propriè non est homicidium, sed dicitur pauperies *100. tit. 13 ff. si quis duper paup. sec. ff. de Dixi amant*. Unde & ille ordinat. a pena hæc immunitus plectendus dicitur, qui abortum procuravit, sive, qui factum humanum nondum editum (quem Medicus embrionem vocant) negavit, partumque hinc, *l. 38 §. 1 Et Cæro 39 ff. de l. 1. C. vel. de ſcar.* Si tamen embryo fuerit anima us, nam, inrequàm informatus est anima rationali, non dicitur homo, atque ita nec commissum homicidium, *cap. ſent. de homicid. Gomez. tom. 3 cap. 3 n. 32. Fach. n. 9. caus. 101. Harp. d. c. n. 33.* quo autem tempore anima infundatur, inter D. D. non convenit, alii autumant mærem die 30. lucinam 80. alii aliter. Puto, optimè illos sentire, qui quæſtionem istam Phisicis, & Medicis deſcendam, & diſcutiendam relinquunt, *Harp. n. 56.*

Dividitur homicidium à variis variis. 22

Pleacet præ aliis illis diviſio, quod homicidium aliud sit voluntarium, aliud casuale. Voluntarium iterum vel legitimum, vel illicitum, ad hæc quæ tertæ species, scilicet quod aliud homicidium sit necessarium, quod quis committit ad necessarium sui defensionem, vel quod sit à Magistratu in malefactores, vel, quod sit ab eo, qui iustum bellum gerit, necesse non est, quoniam in homicidio voluntario licet includitur. Homicidium voluntarium illicitum est, quod ex proposito, & intentione, aut ſaltem libera voluntate, aut ex iracundia, cum rationis tamen advertentia, factum, est *l. 1. §. 3 l. 7. Et l. 14 ff. ad leg. Corneli. de ſcar. sanè*, ut homicidium dicatur, dolo concurrente necesse est: lata enim culpa non ſufficit, ut pena ordinaria erus afficiatur, quoniam in criminalibus lata culpa dolo non æqui.

iniquipatur, lib. 7. §. eod. *Harp. n. 18.* §. 19. Dolus autem licet ex pluribus indicis tamen maxime censetur ista esse, quæ ex genere, & qualitate armorum sumuntur. Et enim, qui gladio, scopoto, vel baculo satis robusto, vel (ut brevius sim) tali instrumento usus est. ex quo mors facile possit sequi, voluntatem, & animum occidendi, quin præsumatur, habuisse dubitandum non est.

33. *Harp. n. 67.* Quod si vero aliquis clavi, cucuma, pugno, baculo, ligno, virga, loris, vel alio instrumento, ad interemptionem hominis non apto, usus fuerit, vix est, ut dolo homicidium ferre præsumatur. *Gail. l. 2. obs. 110. num. 7. Harp. n. 67. hic.* Ubi latè hæc de materia disceptat.

*Dicitur:* hic in §. nostro dicitur, homicidium tenari poena mortis, sive cum gladio, sive cum ligno vel lapide, vel alio quocunque tali genere homicidium perpetraverit. Et istum §. (ut ipse Justin explicat) de eo exaudiendum esse, qui hominis occidendi causa, cum telo ambulaverit, h. e. animum, & voluntatem occidendi habuerit. Quoties enim in aliquo Juris loco disponitur, ordinatio legis Corneliæ poenam infligendam esse, semper præsupponendum est, occidendi animum præcessisse, sine quo poena legis Corneliæ locum non habet, l. 7. §. ad leg. Cornel. de sicar. Cæterum, licet *Hamm. ad Titul. vol. 2. disp. 32. ab. §. 42.* Utrique manu propugnet, eum, qui clavi, cucuma, lapide, pugno, baculo, fuste, ligno, virga, loris, simili-que instrumentis genere, ad hominis occisionem verosimiliter non apto, aliquem percussit, & percutiendo occidit, occidendi animum, & voluntatem occidendi habuisse, atque adeo, dolo occidisse præsumi, indigna tamen est tanto viro ista nec sententia, & verumt manu con-

grua. Refragatur enim luculentis Juris textibus, puta, l. 1. §. 3. §. ad leg. Cornel. de sicar. l. 5. Cod. cod. c. 18. de homicid. repugnat insuper aperte humanitati, ac benignitati, quæ cum primis in poenalibus attendenda, l. pro. §. de pœni. *Harp. n. 71.* Itaque, si aliquo ex memoratis instrumentis alterum quis occiderit, poena legis Corneliæ ordinaria non tenetur, nisi doceatur clavis probationibus, reum animum habuisse occidendi; nulla enim præsumptio tam violenta est, quin per contrariam probationem everti possit, *Zoes. §. ad leg. Cornel. de sicar. n. 7.* Planè, ut quis pro homicida habeatur, nihil interest, utrum occidat ipsi, an mortis causam dolo malo præbeat, l. 15. §. d. t. Unde, mandatum, alterum occidi, nequè ac ipse occidens, tenetur, l. 15. §. 1. Nihil enim interest, an quis occidat, an causam mortis præbeat, & quid quis per alium facit, per se ipsum facere censetur, cap. 72. de R. J. in 6. *Zoes. n. 12.*

Non obstat, quod rei turpis nullum mandatum, nullus contractus, nulla obligatio, vel actus exsistat, l. 6. §. 3. l. 22. §. 6. §. mand. Id siquidem intelligendum est ratione obligationis, & actionis, producendæ inter contractum, puta, mandatum, & mandatarium: non verò quoad actionem, vel accusationem, pariendam ei, in cujus præjudicium mandatum est. *Gomez. var. resol. tom. 9. cap. 3. n. 39.*

Q. Uterius. Quid dicendum de eo 24 qui consilium dedat, vel, qui auxilium ulsit: Communis opinio distinguit, an fuisset alibi facturus nec ne? Priori casu ordinariam homicidii poenam non habere locum, existimant; potest tamen poena extraordinaria affici pro arbitrio scilicet Judicis, examinantis, an consilium animum alterius multum, vel parum moverit. Ita sicut tenet. in corp. 6. §. qui



vero 3. de homicid. ubi, qui in iudicio sunt animum regis, dicuntur puniti, licet non tam severe. *Zoej. n. 17.* ubi, idem in mandante statui posse, opinatur, ad quod talis consultor, & mandator non videtur præcise ad factum homicidii concurrisse. Posteriori casu consulens, & auxilians pari poena, qui homicidæ afficiuntur. *Id. Zoej. ff. ad leg. Corn. de fidei. n. 17. Gomez. ver. resol. Tom. 3. c. 3. n. 43. Et seqq. Gail. l. 1. cap. 1. n. 43. de Pace publ. Ratio est in l. non solium § 1. § 6 ff. de Injur. ubi in hæc verba refertur. Attilicus mi, Et si perferret alicui, alius volens ut mihi, ad injuriarum faciendam, obedires, posses injuriam mecum agi ex quo illud titulum verum, consilium malum consultori esse pessimum. Sanè, quod de consilio, & mandato diximus, trahendum non est ad ratihabitionem, que licet comparatur mandato, cap. ratihabitionem de R. J. in 6 non facit tamen aliquem poena ordinaria affici, quoniam ad homicidium ratihabens concurrisse dici non potest, eo quo ratihabito sit posterius. Requiritur autem ad hoc, ut quis poenam ordinariam homicidii incurrit, ut ad factum concurrat, prout ex dictis patet.*

Non obstat *can. cum quis de sent. excommunic. in 6.* ubi ratam habens percussioneu clerci suo nomine factam, est excommunicatus: quoniam id in casu d. cap. videtur esse singulare, adeoque in penalibus non extendendum, *Zoej. n. 23.*

- 25 Illud singulari memoria dignum, quod licet mandans non teneatur, postquam revocavit mandatum *expresse, vel tacite*, si revocatio perveniat in notitiam mandatarii; tamen persuadens, & consulens non excusatur, licet revocaverit persuasionem, vel consilium: sed oportet omnino scire, quod non sequatur maleficium, vel quod denuntietur ei, in cuius personam debet maleficium committi. *Idem ad Dyllan.*

Ratio est, quia si quis, qui mandatum committentis non habet, sed ab eoque habeat vim omnem innovandi, ut, ejus voluntate sublata per revocationem, cesset mandati causa, & mandanti nihil amplius imputari queat, cujus influxus cessat. Consilium verò concernit eum, cui datum, ponitque inclinationem, que inclinatio tollitur per revocationem consilii, cum intellectus, semel instructus, non facile mutetur, præcipue in causa vindictæ. *Gomez. tom. 3. cap. 3. n. 43. Zoej. n. 19.*

Pœna legis Corneliæ de sicariis ordinaria olim erat deportatio, & omnium bonorum adeemptio, sive confiscatio: postea verò nobiliores quidem, & honestiores in Insulam deportati, humiliores ultimo supplicio affici ceperunt. *l. 3. §. pen. l. 16. ff. ad l. Corn. de fidei.* Hodiè poena gladii homicidæ ind. sit afficiuntur. *Harp. n. 27.* Jure enim talionis equum est, ut homicida, quod fecit, expectet. *l. 3. Cod. de Esq. antien.* Et hoc verum est, nisi homicidium sit indolens, vel proditorium, ut puta, si quis alterum absque causa rixæ aut discordiæ à tergo, simulans se amicum, occidat. Hoc enim casu qualitas prodicionis & ut vocant, alevolitiæ, facit aggravari poenam homicidii, & totæ suppliciorum affici. *Gomez. n. 9. loc. cit. vide etiam. Cam. Carolin. art. 131. cum aliquos seqq.* Hucusque sit dictum satis de homicidio voluntate directo.

Sequitur recta methodo homicidium *voluntarium licitum*, quod alii *voluntarium*, sive *coactus* appellant. Estque illud, quod quis non dolo malo, sed ad necessariam sui defensionem committit, vim enim vi repellere, omnes leges, omniaque Jura permittunt. *l. 45. ff. ad leg. Aquil. & quod quis ad defensionem corporis sui facit, Jure fecisse, dicitur, l. 3. ff. de J. Et J.* Quod tamen tum de iure

procedit, si servatum sit moderamen inculpate tutelae, h. e. si defensio sui ita fuerit moderata, ut in vasum non potuerit periculum alio modo evadere, aut invadentem repellere, nisi hunc occiderit. *Zoef. ff. ad leg. Cornel. de sicar. num. 30. Guil. l. 2. ob vno. n. 13.*

- 26 Ad hoc autem ut dicatur servari moderamen inculpate tutelae, requiritur I. Ut ageretur periculosa sit, & injusta: dicitur *periculosa*, ubi enim nulla est aggressio, ibi nulla est defensio. Illud tamen necesse non est, ut defensor primum lictum expectet, se si videret, arma in se stringi, bombardam & theca eximi & ad offendendum se preparari, & sistere, & in tempore sibi poterit prospicere, l. 5. *ff. ad leg. Apul. tum*, quia melius est occurrere in tempore, quam post exitum, & vulneratam causam remedium quaerere, l. *mis. Cod. in quib. caus. refert. in integ. necess. non est*. Suffragatur etiam constitutio Carolina, *art. 140. his verbis: Ich auch in seiner Gegenwehr, bis er gefährlig verwundet werden nicht schuldig*. Tum, quia melius est praevinire, quam praeviniri. Unde Poeta: Dimidium amisit, qui primum expectat adictum, *ita Zoef. loc. cit. Harp. n. 174. II.* Requiritur, ut defensio, quam fieri potest, fiat cum minori lictione proximi, aliter enim transiret in vindictam. Hanc, si mutare sufficit, non debet occidere, ita tamen, ut, si occiderit, poena ordinaria non sit effluenda; quia difficile est, in motu se continere, & sufficienter refrinare. III. Ut fiat defensio, non aggressio. Sic, si quis fugientem, etiam post vulnus acceptum, insequatur, & occidat, aut mutilet, excedit moderamen inculpate tutelae, cum fuga in vasum faciat cessare periculum invasionis, *arg. cap. 18. de homicid. talis tamen excessus etiam torceatur aliquam poenam arbitariam, pro modo excessus juxta boni viri arbitrium illi-*

mandam; non tamen locus erit poenae ordinariae, eo quod difficile sit iusto dolori temperare *Memoch. 2. arbit. caus. 177 IV.* Requiritur, ut defensio fiat in continentia & in ipsa concertatione, & congressu, l. *quod est 3 §. cum igitur 9. ff. de vi armat.* secus enim non defensio, sed potius vindicta, erit. *Schub. §. 1. inst. de J. N. G. Et C. n. 19. Guil. lib. 1. cap. 16. n. 12. de l'acrob. ubi exp. icat*, quoniam licet defensio incontinenti fieri, atque defensio in rerum incontinenti fieri, si post aliquot hab. Jomadas fiat; fac enim, nobis lem de castro vi dejectum esse, hac in casu ad recipiend. caltri deliteratur magnus apparatus, ut proinde ad diffusionem longioris temporis intervallum exigatur. V. Requiritur aliqui, ut defensio fiat aequalitate armorum: sic verba verba, verba verberibus, videntur esse repellenda, huc inclinare videtur. *Schub. d. la. Mihi tamen verumtamen videtur aequalitatem armorum non desiderari, & posse quem, si in periculo exeat, quibuscunque armis se defendere, l. 25. §. 1. ff. de a. l. 3. Cod. mod. Schub. loc. Et Zoef. loc. cit. n. 33 Et 34.*

Q. An insulans fugere teneatur? si 27 cum Caputibus, aut aliis strictioris conscientiae Authoribus sentire velis, certum est, multo non infamiae notae virum esse, qui ad fugam obligant, eo quod tunc demum defensio locum habeat, & moderamen inculpate tutelae servari dicatur, si aliter vitae & corporis periculum evitare non potest, ergo.

Non obstat, fugam turpem esse, & nobili animo indignam, quoniam levior censenda est haec turpitudine, (ut ajunt) quam etiam minimo peccato conscientiam onerare. Huc inclinat *Harp. num. 121 Et plures abs. ab ipsa allegati*

Haec sententia, ut secus. 2. & in foro animae tuta videatur; cum tamen fuga

turpis sit, & propter lapsum pœnitenti, puto, recte *desendi*, quod is, qui maluit resistere, quam fugere, puniri non debet. *Guil. loc. cit. n. 21. Engel. de Homicid. n. 15. Manu. §. 2. inf. ad leg. de quis. n. 10. Gomez. var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 23.*

Ceterum non solum non ipsos, sed etiam alios, sive sanguine, sive affinitate junctos, sive protus extraneos recte defendimus, ita, ut ob mortem aggressori, cum moderamine inculpate tutelæ illata, puniri non debeamus. *L. 1. §. 4 ff. ad leg. Cornel. de sicar. cap. sicut dignum §. ubi etiam de homicid. ubi, scriptum enim est, inquit Pontifex, qui potuit hominem liberare à morte, & non liberavit, enim occidit. Gomez. loc. cit. n. 21. Engel. n. 18.*

- 28 Dubitatur: an non tantum pro defensione corporis, sed etiam rerum, & bonorum liceat raptorem occidere? Certum est, si defensio sit mixta res, & personæ, h. e. si raptor non tantum in bona, sed etiam in personam, quid moliri presumat, quod occisio impune abeat, *cap. 2. de homicid.* Unde furem nocturnum impune licet occidere, si absque periculo capi, aut expelli nequeat; dignosci enim facile non potest, an ad furandum, vel occidendum venerit. *L. 4. ff. ad l. Aquil. cap. 3. de i. S. bemb. §. 2. inf. d. 1.* Quod si verò personæ nulum periculum imminet, puta, si fur cum meo equo aut sarcina jam aufugiat, ita tamen ut sclopeto adhuc insequi possem, tutiorem puto sententiam esse, non licitam esse occisionem, *arg. d. cap. 2. ubi dicitur illud homicidium impune esse, quod aliquis committit se & sua liberando, adeoque si defensio sit mixta rei & personæ. de Fach. l. 1. c. 31.* Interim si res esset valde pretiosa, & earum ablatio paupertatem causaret, neque aliter per judicem vel aliud remedium re-

cuperari possent, non video, quæ lex aut quæ ratio in occidentem poenam diceret, eo quod res & bona *secundus sanguis & vita bonius* dicantur. *L. 42. Cod. de advocat. divers. Jud.* Accedit, quod universali omnium & rerum publicæ consuetudine & recuperatione rerum bellicæ suscipiantur, licet, nescio, quot millia hominum mactentur. *Engel. loc. cit. num. 21. Zorff. l. cit. n. 50.*

[Idem, quod de d. f. nisi ne rerum suarum diximus, dicitur lum existimo de defensione famæ & honoris sui, bona enim fama thesaurus hominis est inestimabilis. *L. 6. §. 1. ff. ult. Cod. de possul. c. 14. de accusat. & sicut sol. corpus illustrat, ita & bona fama.* Et quilibet tenetur honorem suum tueri & conservare, omnique lucro præferre. *L. 27. ff. superius caus. caus. testam.* Item vita & fama pari potius ambulant. *L. 1. §. 9 ff. de bon. poss. contra tabul.* hinc crudelis dicitur, qui famam suam negligit. *cas. 10. caus. 12 q. 1.* mala enim fama nobilem degenerat, si deminuit, existimationem vulnerat, affectum perimit, honores tollit, conservandi animus alii admittit, & sequitur hominem, ut lepra leprosum. *Vide Harp. n. 163 Zorff ff. loc. cit. n. 45.*

Quid si quis constiterit se a terentibus occidisse, dicat tamen id contigisse ad sui vel suarum rerum defensionem? *ut.* Cum regule Juris sit, quod omne maleficium presumatur malo animo factum, *cap. 1. de presumpt.* ideo necessarium defensionem a Reo probandam esse, presumptio enim Juris rejicit onus probandi in adversarium. *Guil. l. 1. c. 61. de Pace Publ. Zorff loc. cit. n. 12.*

Homicidium causale est, quod præter intentionem, scopum & voluntatem interficientis committitur. *L. 1. l. 5. Cod. ad leg. Cornel. de sicar.* Hoc iterum vel cum culpa vel sine culpa committitur: Si sine culpa, non imputatur occidenti, & merè

causale dicitur, sedque nec ponit noxam & nec à prouentissimo prævideri potest, *l. 6. Cod. de pignor. ad* Hinc venator fugit in feram directam fore hominem interuenientem transfolens, est extra menam. Si cum culpa, ut si quis ex amore nimis deficiat, & transtrem occidat, vel ex domo, turri vel fenestra lapidem propiciat, vel insidens currenti equo transeuntem occidat, nec reclamando occisionem prævidet, hæc poena non ortus non afficiatur, Judicis tamen arbitrio extraordinarie pro qualitate excessus puniri potest. *Gonz. n. 16.*

#### AD V. EADEM LEGE.

- 31 Venefici quoque hac lege Cornelia capite puniuntur, si alicui mortem vel veneno vel arte Magica intulerint, plus enim est, hominem veneno, quam gladio interficere, *l. 1. Cod. de Malefic.* Per constitutionem Carolinam alia poena in venenarios constituta est; videl. ut si masculus sit, rota plectatur. Si verò femina, aquis suffocetur. *Manz. Inst. hic.*

#### §. ALIA DEINDE LEX 6.

- 32 Quarta publici iudicii species est parricidium, de quo crimine Solori, ex 7. Græcæ sapientibus unus & Atheniensium legislator celeberrimus legem non tulit, eo quod non speraverit, tantæ immanitatis quemque fore, qui tam sedum & horrendum facinus commissurus esset. Imo & ipse Seneca affirmat, summa prudentia præditos viros noluisse de parricidio poenam constituere, ne viudicando ostenderent tale quid fieri posse. Parricidum dicitur quasi parenticidium, & tunc proprio committitur, quando quis parentis sui suas præparaverit.

Pœna hujus delicti (ut veteres poenas fideam) nova hæc est, ut parricida virgis

sanguineis caesus, calen sive sacro coriaceo, cum cane, Gallo gallinaceo, vipera & si non infusus, & in mare vicinum vel in flumen propiciatur. Si verò mare vicinum non sit, nec flumen, tunc bellis obicitur, ita sanent, *l. 1. Cod. de her, qui perit, vel lib. occid.* Ratio autem, cur ista animalia simul interfecta debeant, à variis variis affligitur, *Manz. hic.* unam generalem assignat; quia videlicet hæc animalia, vel parentes suos necant, vel cum his dimicant. *Harp. n. 21.* De vipera hæc rationem reddit. Quod illa simili sit dento obnoxia, cum & ipsa ex se parentis utero proruperit in lucem, parentemque occidit. II. Quid ea maximum semper homini terrorem incutiat, juxta illud Horatii, *cane pavor, Es angue.* De cane hæc esse ratio potest; quia est in se ipsum homini animal teste Plinio, *l. 8. c. 40.* Idcirco ad arguendam paritatem insiditatem, constitutum est, ut canis cum ipso in caulem muteretur: contraria enim juxta se posita magis elucescunt. A si hanc rationem dant, quod canis fame rabida percussus, parricidæ corpore & cadavere pascatur. De simia hæc potest reddi ratio, quod simia sint similes hominibus, interem deformes, sicut parricidæ, qui præter humanam similitudinem nihil habeant hominis, & sub figura hominum immanitatem beliarum gerant. De Gallo gallinaceo dic hanc rationem, ut per cantum Galli publice delictum parricidæ, vel ut reus à somno capiuntur impediatur. Hæc poena non illo duntaxat casu locum habet, quando filius occidit parentes, sed etiam, si parentes filios suos interficiunt, *d. l. un.* Et quamvis antiquitus pater impune poterit occidere filium, quia propter patriam potestatem Jus vitæ, & necis habuit, tamen quia patria potestas in pietate, & non in atrocitate consistere debet, *l. 5. ff. ad leg. Pomp. id per d. l. im.*

immutatum est. Hodie poena cu et tanquam nimis barbara ac nimiam reformationis severitatem, locum non amplius habet; sed parcidat ignis forcipibus laecerentur, & gladio summor, aut totae inflectuntur, secundum cuiusque regionis consuetudinem. *Harp. n. 30. Manz. num. 27.*

### §. ITEM LEX CORNELIA 7.

33 Quia iura Juris publici species est crimen falsi, quod ex lege Cornelia, à L. Cornelia Sylla dictatore lata est, designatur. Alio nomine vocatur, ex testimoniaria quoniam de testimoniis falsis praerogativa lata est. *Harp. n. 1. hic* Postea autem etiam ad ali genera falsi extensa est. Est autem falsum: actus dolosus, veritas non iurandae gratia ad alterum decipiendum factus, vel, ut brevius loquar, est dolosa veritatis immutatio.

34 Committitur falsum *l. dicto* v. g. in test., qui falsum testimonium dicit, vel verum supponit uolo malo, c. 1. *§. de crim. falsi*. Item si iudex pecunia corruptus vel alias dolo malo, legibus & constitutionibus contrariam sententiam tulerit, l. 1. §. 3. *ff. ad leg. Corn. de falsi*. Illud tanquam singulare observa: Quod etiam ille testis ordinaria poena falsi puniatur, qui pecuniam accepit, ne diceret contra aliquem testimonium, l. 1. *§. de* *§. si quis 2. ff. d. l. licet* enim talis veritatem non immutat, adeoque proprie falsum non committit, non est tamen infrequens, ut quis poena in aliquod crimen statuta afficiatur, licet illud crimen proprie non commiserit. Sic adulterium in nonnullis locis poena gladii afficitur, licet eadem poena homicidium puniatur. *Harp. n. 13. §. 14.* Item & is poenam falsi incurrit, qui testimonio dandi gratia accepit pecuniam, & verum etiam testimonium dixit, d. l. 1. §. 2. Ubi distincte asseritur, eum, qui pecuniam ac-

cepit ubi dicendum est simoniam, poena legis Corneliae de falsis asse, et tunc ratio, quod testificatio libera esse debeat, non auctoriata et nummos, aut emendicato pretio, unde enim testimonium non est veritatis testimonium, cum modeste *inure 48. curs. 17. q. 3. Harp. d. 10. §. H2m, vol. 2 d. 32. ch. 8. q. 70.*

II. Committitur falsum *facto*, si quis nummos aureos, vel argenteos adulteraverit, castrit, corrumpat, vitaverit, tinxerit, sinxerit, confaverit, vel quoquo modo falsum monetam percellerit, l. 8. l. 19. *ff. ad leg. Cornel. de falsi. Schamb. l. c.*

III. Committitur falsum *abuso*, si quis pondera aut mensuras publice probatas corrumpat, vel si quis utatur adulterinis mensuris, ulnis, ponderibus, stateris &c. Et haec falsitas mitius puniatur, nempe duplo, ac relegatione sive exilio, l. pen. §. 1. *ff. d. l.* Insuper abusu falsum committitur, si quis se pro Comite, nobili, Doctore, Notario, cum non sit, gerat, alterive noceat. *Harp. num. 45.*

IV. Committitur falsum *scripto* seu *litteris*, puta, si quis testimonium vel aliud instrumentum falsum scribat, signet, recitet, celet, subijciat, l. 1. §. 4. l. 4. l. 23. *ff. d. l.* sane lex Cornelia de lapsis latius patet, quam ut exemplis concludi possit; ex dictis tamen facile poteris conjicere, quando committatur, videlicet, si veritas dolo & in alterius damnum supprimatur.

Poena falsi est deportatio & omnium bonorum publicatio in liberis; In servis ultimum supplicium, *trax. hic*. Verum enim vero pro qualitate admissi intenditur poena falsi, aut remittitur, ita ut poena hujus delicti hodie exeperit esse arbitria. *Manz. num. 5.*

Sextum iudicium publicum est legis 36 Juliae de vi, de qua diximus in §. *recuperanda sup. de interdict.* Continet hæc lex tria capita, puta vim publicam, vim privatam & Raptum.

Vis publica, quidquid alii in contrarium sentiant, meo iudicio tunc fieri dicitur, quando quis alterum armis invadit. Poena violentiæ publicæ ordinaria in hominibus liberis est deportatio, (Unde etiam pro atrocitate delicti poena capitalis. *Schamb. n. 3. Gail. lib. 1. esp. 7. de Pace pub.*)

Vis privata committi dicitur, quando quis sine armis quovisquam invadit. Ratio, quare privata dicatur, est; quia fit à persona privata contra personam privatam sine violatione Juris publici; juri autem publico sive Reipubl. tunc dicitur vis inferri, quando quis arma sumit ad invadendum alios, interest enim Reipubl. arma non moveri. Poena violentiæ privatiæ est Publicatio tertiæ partis bonorum cum infamia, *text. h.c. Et in l. 1. ff. ad leg. Jul. de vi privata.*

Raptus tunc dicitur committi, quando quis honestam Virginem vel viduam, vel etiam Monialem invitis illis, in quorum potestate est, abducit. Et in hoc distinguitur rapina à raptu, quod rapina dicatur bonorum, raptus est hæc, ut & raptor, & is, qui ad hoc delictum opem dedit, capite puniantur. *Manz. n. 10.*

#### §. Item lex Julia peculatus. 9.

Septimum iudicium publicum est 38 lex Julia de peculatu, dicitur autem peculatus tunc committi, quando quis

pecuniam publicam vel rem sacram vel religiosam furatus est, publica autem pecunia hic ea sola habeatur, quæ ad Rempubl. sive urbem Romanam vel ad Cæsarem pertinet, *l. 15. ff. de V. S.* Proinde si quis civitatem inferiori vel municipio pecuniam surripuerit, non peculatus sed furti crimen admisisse censendus erit, *l. ab pecuniam 18. ff. de furt.*

Dicitur: Si quis rem sacram furto subducatur, sacrilegium commississe dicitur; ergo male dicitur, peculatum fecisse, &c. Etiam sacrilegium furto commissum sub nomine peculatus contineri. Illud tamen notandum, sacrilegium non tantum furto rei sacræ committi, sed etiam aliis factis, puta contemptu Dei & Principis, &c. *Harp. numer. 4.*

Pœna peculatus est deportatio, *l. 4. ff. ad l. Jul. peculat.* Iudices autem sive Magistratus, qui tempore administrationis publicæ pecuniis subtraxerunt ut & illi qui ministerium eis præstiterunt, vel qui subtractas ab his scienter susceperunt, capite puniuntur, *text. h.c.* Poena sacrilegii est extraordinaria, pro qualitate enim delicti, vel vivi exuruntur, vel furcis suspenduntur, vel perpetuo exilio mulctantur. *Schamb. hic.*

#### 2. EST ET INTER. 10.

Octavum iudicium publicum est legis Flavie de plagiariis. Plagiarii autem dicuntur, qui dolose liberos homines, aut servos alienos intercipiunt, supprimunt, vendunt, aut ad fugam sollicitant. Poena hujus criminis hodie arbi-

arbitraria, quandoque capitalis, quandoque non capitalis, quandoque pecuniaria: *Mantz. n. 3. loc.*

§. SUNT PRÆTEREA II.  
ET ULT.

40 IV. Adhuc recensentur crimina in hoc §. quæ omnia ex lege Julia descendunt, nimirum: crimen *ambitus*, crimen *repetundarum*, crimen *fraudate annonæ*, & crimen *residui*. Itaque Novum judicium publicum est legis Julæ de ambitu; quæ tenentur i li, qui illicito modo. v. g. data pecunia honorem seu Magistratum ambiunt. Coercentur nundinatores honorum quandoque poena centum aureorum cum infamia, quandoque deportatio de, l. 1. §. ff. de leg. Jul. ambit. l. nn. Cod. eod. Hodie ista Lex Julia de ambitu ferè ubique cessat, cum creatio officiorum Principi attributa sit, Princeps autem legibus non adstringitur. Habet autem ista lex Julia tum locum, ubi jus Magistratus creandi fuit apud populum; ut proinde adhuc in Helvetia locum habere videatur.

41 Decimum judicium publicum est legis Julæ repetundarum, quæ tenentur illi, qui in officio publico vel in administratione Magistratus pecuniis aut munera acceperunt, quò magis vel quò minus officium suum facerent, l. 4. ff. ad l. jul. repetund. Reus hujus criminis morte, exilio, verberibus, confiscatione, & pro modo improbitatis punitur. l. 7. §. ult. ff. ad l. jul. repet. Nullum igitur donum, nullum munus accipere licet Magistratui pro executione officii sui. Exciipiuntur esculenta & po-

culenta, venia quotidiani victus causa oblatæ, l. 6. §. 3. ff. de ob. pro. conf. l. 18. ff. de off. prefid. Hum. vol. post. disp. 32. th. ult.

Undecimum judicium publicum est legis Julæ de annonæ, quæ tenentur illi, qui annonam flagellarunt, vexarunt, defraudarunt, hoc est, qui aliquid fecerunt, ut annonæ carior fieret, l. 2. ff. ad l. ul. de ann. tales annonæ flagellatores vocantur dardanaris; Pantopole; seplasiarii, Schamb. loc. Annonæ autem nomine veniunt omnia, quæ ad victum hominum pertinent, puta, *frumentum, panis, vinum, oleum, sal, acetum, lardum, carnes, &c.* l. 1. Cod. de erogat. milit. ann. l. 2. Cod. d. 2. Poena hujus delicti est arbitraria; nam pro qualitate delicti est pecuniaria, puta 20. Aureorum l. 2. ff. d. 2. modò relegatio, l. annonam ff. de extraord. crimin.

Duodecimum judicium publicum est legis Julæ de residuis, quæ tenentur is, qui pecuniam publicam sibi in usum aliquem tributam retinuit, nec in eum usum consumpsit. Poena delicti hujus est, quòd convictus tertia parte ampliùs, quam retinuit, præstare jubeatur, l. 4. §. 5. ad l. Jul. Peculat. Satis de judiciis publicis. Imò non satis, copiosior enim est hæc materia quàm ut paucis pagis comprehendì possit; Imperatorem non secutus breviter de hac materia dixi, quæ Tyroni Juris scitu necessaria; plura dicere, contra Institutum rati nem duxi. Si tamen, quæ dixi, desiderium tuum non expleant, vassissimo Fundestharum, ac Constitutionum criminalium oceano innaviga: ubi

Ubi classera aspectu terribilem, ac  
crimenibus. & poenis refertissimam  
inveniens.

Tibi vero, magne Deus, à quo  
delabatur omnis Scientiæ, & Justi-  
tiæ decor, tibi (*inquam*) cujus est  
opus, quòd Reges regnent, & Justa  
decernant, & tuæ Matri illibatæ gra-

tias immortales ago pro absoluto feli-  
citer *Institutionum Commentario*, in  
quo si quid ad gloriæ tuæ augmen-  
tum scripsi non inutile: id à te accep-  
tum, gratus reddo, & in te infinitum  
bonitatis pelagus veluti exiguas  
ingenii stillas, & sudoris mei guttas  
immergo,

FINIS.

APPENDIX

CONTINUED



# APPENDIX,

Continens modum legendi, & scribendi Citationes utriusque Juris.

## §. I.

### DE JURE CANONICO. SUMMARIA.

*Partes Juris Canonici sunt, Decretum  
Gratiani, & unde sic dicitur?*

*Decretales Gregorii IX.*

*Liber Sextus Decretalium.*

*Clementina, Extravagantes Joannis XXII.*

*& Extravagantes Communes.*

*Decretum Gratiani habet tres partes.*

*Prima pars, quæ, & quando dicitur?*

*Secunda pars, ejusque cætitio.*

*Tractatus de Penitentia, & quando dicitur?*

*Tertia Decreti pars, & quando dicitur?*

*Quinque Libri Decretalium, & quando dicitur?*

*Sextus Decretalium, & Clementina, ac  
quando dividuntur, & citantur?*

*Extravagantes Joannis XXII. quæ, &  
quando citantur?*

*Extravagantes Communes, earumque ci-  
tatio.*

*Diffiniendi modi quandoque variantur.*

**C**ORPUS totius Juris Canonici plures  
hæc universim sex continet partes I.  
*Decretum Gratiani*, sic dictum, quod à  
Gratiano Monacho S. Felicii, Ordinis S.  
Benedicti ( ut notatur in Monitione ad  
Lectorem Decreto præfixa ) ut diversis  
tum Summorum Pontificum, tum Sancto-  
rum Patrum, atque Conciliorum dictis,  
decenti ordine in unum volumen, circa  
annum Domini 1151. sit compilatum.

II. *Decretales Gregorii PP IX* sic dic-  
ta, quia Gregorius Papa Nonus varias  
Constitutiones, seu Decretales Epistolas  
*Reus ad Infirmitas.*

suorum Prædecessorum, per S. Raymun-  
dum de Penyafort, Ord. FF. Prædica-  
torum (cujus Festum nunc celebratur  
die 23. Januarii) in unum volumen col-  
legendas curavit, quibus idem Pontifex  
multas Constitutiones suas, ac Decreta-  
les Epistolas adjecit. III. In Corpore Ju-  
ris Canonici continetur *Liber Sextus De-  
cretalium*, sic dictus, quod ipse autori-  
tate Bonifacii Papæ VIII. compertus,  
aliis quinque Decretalium Gregorii Noni  
Libris Græ annexus, ac respectu eorum  
Sexti Decretalium Libri locus occuper,  
quamvis, & ipse in quinque libros sit  
divisus IV. *Clementina* (intellige, *Con-  
stitutiones*) sic dictæ, quod à Clemente  
V. sint ædite V. *Extravagantes* (intel-  
lige, *Constitutiones*) Joannis XXII. sic  
dictæ, quia *extravagantes*, seu vagan-  
tur extra sex Libros Decretalium; ob  
quam rationem etiam *Clementina* quan-  
doque dicuntur *Extravagantes*. Additur  
autem Joannis XXII. eo quod sint ædite  
à Joanne Papa XXII. simulque ad diffe-  
rentiam aliarum Extravagantium. Sex-  
tum, ac ultimum locum in Jure Canonico,  
obtinent *Extravagantes communes*; sic  
dictæ, quod à diversis Romanis Pontifi-  
cibus post Sextum emanaverint. Ex his

*Decretum Gratiani* (quod in plerisque  
venerabilibus exemplaribus *Concordia Discor-  
dantium Canonum* inscribitur) in tres di-  
viditur partes, quarum quælibet habet  
diversam rationem citandi suos textus.  
Prima pars continet centum, & unam  
*Distinctiones*, & textus in hac prima  
Decreti parte contenti, citantur ponendo  
numerus Distinctionis, & initium

Ccccc Cano-

Canonis, five (ut alii loquuntur) Capituli, v. g. taliter: *diff. 16. Placuit. Lige: Ut haberetur Distinctio decima sexta, Canonis, qui incipit. Placuit.* Vel brevius, ceteris subintellectis: *Distinctio decima sexta, Canonis, Placuit.* Aut sic: c. *Indicantem, diff. 89. Lige: canonis, Inducantem, distinctio 89.*

Altera pars Decreti continet triginta sex *Causas*, quarum ferre quilibet continet *Questiones*, & quolibet *Questio* plures *Canones*. Modus citandi textus, in hac secunda Decreti parte contentos, talis est, ut exprimat numerus *Causæ* sine ullo addito (nonnulli Recentiores addunt ly *causæ* majoris claritatis gratia) deinde numerus *Questionis*, & tandem initium *Canonis* (nisi talis textus haberetur in Tractatu de Pœnitentia) taliter: 9. q. 3. *Compensatur est.* Lige: *Ut haberetur causa nona, quæstio Tertia, Canonis, qui incipit: Compensatur est.* Aut sic, & quidem melius ac magis usitate; c. *Si homicidium, 23 q. 5. Lige: Canonis, Si homicidium, causa vigesima tertia. Quæst. 5.*

Additur notanter, *nisi talis textus haberetur in Tractatu de Pœnitentia*. Si quidem causa trigesima tertia, *Questionis tertia* inseritur Tractatu de Pœnitentia, quo continet in se septem *Distinctiones*, quæ postmodum dividuntur per *Canones*. Porro textus in hoc Tractatu de Pœnitentia contenti solent sic citari, ut omisso numero *Causæ* trigessimæ tertiæ, ponatur numerus *Distinctio* de Pœnitentia (& nota, semper addi ly *De pœnit.* ad distinctionem primæ, & tertiæ partis Decreti, quarum quolibet etiam constat *Distinctio* nibus). Deinde addatur unum *Canonis*, vel saltem numerus ipsius, taliter: *de Pœnit. diff. 3. In tantum.* Lige, *ut haberetur de Pœnitentia, Distinctio tertia Canonis, qui incipit, in tantum.* Vel sic: *de pœnit. diff. 3. can. 33. Lige: de pœnitentia, Distinctio tertia, Canonis trigessimæ tertiæ.*

Tertia pars Decreti intitulatur *De Consecratione*: & dividitur in quinque *Distinctiones*, & hæc cursum in *Canones*. Modus citandi textus in ipsa contentos talis est, ut primo ponatur ly *de consec.* ad differentiationem primæ, & secundæ partis Decreti: deinde ponatur numerus *Distinctio* nis, & tandem initium *Canonis*. Exemplum sit: *de consec. 1. Nocte sententia. Lige: De consecratione, Distinctio prima, Canonis, cuius initium est, Nocte sententia.* Vel sic: c. *Solus etiam, de consecratione Distinctio quarta.* Sive enim prius ponatur initium *Canonis*, & postea primum numerus *Distinctio* nis, five contra, nihil refert.

*Decretalis Gregorii Papæ Noni* continent quinque Libros, qui dividuntur ulterius in Titulos, Tituli vero in Capitula. Modus citandi textus in eis repositus talis est, ut primo ponatur initium Capituli, deinde Titulus hoc modo: c. *Dammatus. De Summa Trinitate.* Lige: *cap. quod incipit: Dammatus, titulus: De Summa Trinitate.* Quandoque primo loco ponitur Titulus, & postea initium Capituli: sed est idem, v. g. *de sent. excomm. Nuper.* Lige: *Titulus de Sententia excommunicationis, capitulum, Nuper.* Sed prius citandi modus de Eccl. magis est usitatus. Quandoque etiam præter inscriptionem Tituli, ac initium Capituli, solum apponi ly *extra*, aut ly *X.* v. g. taliter: *proat habetur extra, de rebus spoliatis.* Cum venissent. Vel sic: c. *Publicato X de election.* Sed idem est, ac prius: nam si ve apponatur ly *extra*, aut signum *X.* (quod interdum apponitur ad significandum, huiusmodi textus haberi *Extra*, id est, *Extra decretum Gratiani*) si ve non apponatur, ac fiat citatio solum Tituli, atque initii Capituli, & nulla alia paracula a idarum, signum erit, textum illum haberi in quinque Libris Decretalium. Unde ex citationibus supra allegatis,

tis, prior sic erit legendus: *prout habetur extra* (subintellige, *extra Decretum Gratiani*) *Tit. De reparatione spelatorum, capitulo Cum veneris*. Aliter vero sic legitur *capit. Publicato extra. Titulo. De electione.*

Secundus Liber Decretalium dividitur in quinque Libros partiales (ac idem dicitur *De Clementina*, quæ idem in quinque Libros dividuntur) Libri vero subdividuntur in Titulos, & Tituli in Capitula. Citantur autem tum *Textus Decretalium*, tum *Clementina Constitutiones*, nulla facta mentione Libri: per Titulos, ac intra Capitulorum, eo modo quo quinque Libri Decretalium: hoc solum cum discrimine, quod in citatione Sexti Decretalium addatur *ly in* & taliter v. g. *Cum quis de sepulchris*, in 6. Vel sic: *c. Cum quidam, de excep. lib. 6. Lego sic: Cap. Cum quis, Titulo de Sepulchris*, in 6. Item: *capit. Cum quidam, Tit. de Exceptis*, libro sexto Decretalium. In citatione vero Clementinarum apponitur *ly in Clem.* vel absolute *ly Clem.* v. g. hoc modo: *c. Sicut, de Appel. in Clem. Lego; cap. quod incipit, Sicut, Titulo de Appellationibus, in Clementina.* Vel sic: *c. Plures. Clem. de iure patr. Lego. cap. Plures, in Clement. Tit. de iure patronatus.* Communius vero, simulque brevius, absolute ponitur *ly Clem.* una cum initio, vel numero Capituli, & citatione Tituli v. g. taliter: *Clem. in. de Herem. permutat. vel Clem. Quomodo rigor, de Appel. Lego: in habetur in Clementina inica* (sic dicitur, quis Titulus ille habet unicum Capitulum) *Titulo de Herem. permutatone.* Vel, in *Clementina* quæ incipit: *Quomodo rigor Titulo, de Appellationibus.* Interdum etiam simpliciter ponitur *ly Clem.* una cum initio Capituli, sine mentione Tituli; quod præcipue fit, quando illud Capitulum est notius, v. g. taliter: *Clem. Exce. Lego: in habetur in Clementina, quæ incipit:*

*Exce. Item cum Constitutiones Clementis V. quæ appellantur Extravagantes, eo quod existant, & quasi videntur extra lex Libros Decretalium, solent ipse nonnunquam citari ad modum aliorum Extravagantium, taliter: Ita Clementis V. in Extravaganti, quæ incipit Exce.*

*Extravagantes Joannis XXII continent viginti Constitutiones, seu Epistolas Decretales, in quatuordecim Titulos distributas: & solent citari, ponendo nomen Papæ, nempe Joannis XXII ad differentiam Extravagantium Communium, & citando initium Constitutionis, una cum addito *ly Extravag. vel, Exce.* Taliter v. g. *ut inquit Joan. 22. Extrav. Quæ quorundam. Lego: Ut inquit Joannes XXII in Extravaganti, quæ incipit: Quæ quorundam.* Vel sic: *Extravag. Exce. lib. Joan. 22. Lego: in Extravaganti Joannis XXII. quæ incipit: Exce. lib.**

*Extravagantes Communis dividuntur in quinque Libros, Libri in Titulos, Tituli in Capitula, quorum singula novam, & distinctam continent constitutionem, vel Constitutiones, seu Extravagantes. Textus ex hisce Extravagantibus Communibus citantur eo modo, quo textus Decretalium: videlicet faciendo citationem Tituli, & ponendo initium Capituli, seu Extravagantis, addendo tamen *ly Extravag. vel Extrav.* Taliter: *Extravag. Unigenitus, de Punit. & remiss. Lego: in Extravaganti, quæ incipit: Unigenitus. Titulo, de Punit. & remissionibus.**

Faciendum tamen, hæcenus explicitos modos citandi Jus Canonicum quandoque nonnihil immutari; ita tamen id accedit, ut ex dictis facile possint ejusmodi citationes intelligi.

§. II.

## DE JURE CIVILI. SUMMARIUM.

*Corpus Juris Civilis, quæ partes habeat.*

Ccccc 2

Signo

*Signa generalia citationum, & citationum.*  
*Diviso generalis partium Juris Civilis.*

*Digestum ejusque partes.*

*Et qua ratione citetur?*

*Codex ejusque divisio, & modus citandi.*

*Quid de tribus posterioribus Libris Codicis?*  
*Novella, seu Authentica Constitutiones,*  
*quomodo dividantur, & citentur?*

*Quid de Libris Feudorum?*

*Institutiones qua ratione citentur?*

**T**otum Corpus Juris Civilis plures in se continet partes, videlicet Digestum seu Pandectas, Codicem, & Institutiones Justiniani: quibus accesserunt Authentica, seu Novella Constitutiones, nec non, & Libri Feudorum. Nam de Legibus, Longobardorum, ac Imperatoris Constitutionibus, & nonnullis aliis, quorum notitia est minus necessaria, non est opus hac aliquid dicere, cum eorum citatio vix occurrat. Circa quod

Notandum I. Quod prae facie Juris Civilis partes propria habeant signa distinctiva, suis citationibus apponi solita. Et quidem duplex ff. (aliqui utuntur Græco, v. vel littera D.) significat Digestum, seu Libros Pandectarum. Deinde manifeste a littera C. Codicem: & ly Instit. denotat Institutiones. Rursus ly Auth. seu Au. Inst. significat Authenticas, & ly Novell. Novellas (subintellige, Constitutiones). Ac tandem ly Feud. Libros Feudorum. Porro L. vel l. significat Legem, aut. Titulum §. Paragraphum c. supra i. infra. Et ly cod. idem est ac codum Titulo, huc est, proxime citato.

Notandum II. Quod, sicut plerumque partes Juris Canonici dividuntur in Libros, Libri in Titulos, & Tituli in Capitula: ita & plerumque partes Juris Civilis dividantur in Libros, Libri in Titulos, Tituli vero non in Capitula, sed in Leges, ac postmodum nonnullae Leges in Paragraphos. Unde in citandis textibus Juris civilis idem ferme servatur motus citandi qui in Decretalibus, excepto, quod

loco Capituli ponatur initium Legis (addito quandoque, si Lex est longior, initio Paragraphi, aut ejusdem numero) & simul addatur proprium signum distinctionis videlicet ly ff. (vel Græcum. v. aut D.) ad denotandum Digestum. vel ly C. ad indicandum Codicem: aut ly Instit. vel Inst. ad insinuandas Institutiones Justiniani: sive ly Auth. Novell. Feud. ad ostendendum, ejusmodi textum haberi in Authentica, seu Novellis Constitutionibus, aut Libris Feudorum.

Digestum, quod alio nomine appellatur Pandecta, seu Libri Pandectarum, continet in se quinquaginta Libros, qui omnes dividi solent in tres Tomos. Primus appellatur Digestum veteri, & continet priores viginti quatuor Libros. Secundus dicitur Insularum, & continet sequentes quatuordecim Libros usque ad trigessimum octavum inclusive. Tertius eandem, ac ultimam Tomum, vocatur Digestum novum, & continet reliquos duodecim Libros: quamvis recentiores quaedam Editiones non amplius observent hanc divisionem, sed totum Digestum in unicum Tomum construant: quod tamen nihil refert. Porro Libri isti Pandectarum v. serius dividuntur in Titulos, Tituli in Leges, & Leges nunquam in Paragraphos. Et textus aut ita sic citari solent, ut prius ponatur Lex (id est, initium, aut littera numerus ipsius) deinde, si Lex forsitan longior est addatur Paragraphus. postea duplex ff. (vel latrem Græcum v. aut littera D.) & tandem scribitur Titulus, v. g. taliter: l. Si quis in §. diffiniendi ff. de Acquir. possess. Legem: ut habi. ut Long. qui incipit, Si quis in Paragrapho, qui incipit, diffiniat in re digesti, Titulo, de Acquirenda possessione. Sicut non raro, & praefertim a G. ff. i. primo loco ponit ly ff. deinde subiungit Titulus, & tandem initium Legis, v. g. taliter: ff.

*de procurat. l. unius.* Id est: *in Digestis.* Titulo, *de Procuratoribus, l. unius.* Sed prior modus citandi de facto est utatur.

*Codex* Just. nunc habet Libros duodecim, qui postmodum dividuntur in Titulos, Tituli in Leges, & Leges longiores in Paragraphos. In primis novem Codicis Libris (qui simul conjungi, & compingi solent) est eadem citationum scribendarum, & legendarum ratio, quæ in Digestis, nisi quod loco duplicis *ff* pro C. signo distinctivo ponatur C. majusculum, v. g. taliter: *l. in testamentis. C. de testam.* id est: *Lege quæ incipit. In testamento. Codic. Titulo, de Testamentis.* Vel sic: *l. un. ff. ex hoc. C. de Re inter. act.* Id est: *Legis unice. Paragrapho, ex hoc. in Codice, Titulo, de Re inter. actione.* Ubi ly *un.* Ideo posuitur, quia citatus Titulus non nisi unicam Legem habet: Aliud exemplum sic hoc: *de fiducijs. C. l. fin.* Id est: *titulo, de Fiducijs. in Codice: Lege fin.* Quæ Lex ideo cit dicitur, quia est Lex fin. l. sive ultima citati Tituli; siquidem ly *fin.* significat Legem, seu Capitulum ultimum, sive finale cujusdam Tituli. Multi tamen ly *fin.* applicant Paragraphum tantum; atque Capitulum, seu Legem ultimam Titulorum, denotant per ly *caput* aut *l. nō* sed parum refert.

Poterit in tribus postremis Libris Codicis, valelicet Decimo, undecimo, & duodecimo, qui separati à prioribus novem Libris collocantur, exprimitur etiam numerus Libri, v. g. *l. omnes prof. ff. C. de agric. lib. 11.* Id est: *Legis, Omnes prof. ff. in Codice, libro undecimo, Titulo, de Agric. Quod ly numerus Libri non addatur, querenda erit ratio superiorum novem Libri Codicis.*

*Novella.* (subintellige, *Constitutiones*, ac alio nomine *Authenticæ* dicuntur) consistunt novem Authenticæ Collationibus, quibus recens decima est adiecta: ex his quælibet Collatio in plures Titulos,

seu Novellas dividitur; ex Novellis vero quædam subdividuntur in plura Capitula. In earum citationibus hæc tenetur ratio, ut primo scribatur initium Capituli (si tamen aliquod habet) deinde numerus Novellæ, tum Titulus ejus, & tandem numerus Collationis, v. g. taliter: *c. Sed tamen. Novell. 129. de Samar. col. 9.* Lege sic: *capite, quod incipit. Sed tamen Novella 129. titulo, De Samaritanis. Collatione nona.* Interdum verò Novella scribitur Authentica; & sic citatio, ponendo Titulum; vel potius Rubricam ejus, & initium Paragraphi, v. g. *auth. Ut facta nova constet. ff. Sanctionum. Lege: in Authentica, caput titulus est. Ut facta nova Constitutiones ff. Paragrapho, qui incipit. Sanctionum.* & tunc in Indice Libri Authentice, est querendum ly *Ut facta, nove Constitutiones* &c. Sicque alia citatio facile invenietur, nam quando Authentice quædam citatur ex Codice, semper apponitur C. majus.

*Libri Feudorum* (qui alio nomine *Consuetudines Feudorum* appellantur) sunt duo partiales Libri, qui dividuntur in Titulos, & Tituli in Paragraphos. In Feudorum citationibus ponitur primo signum proprium Feud. sive ly *in lib. Feud.* postea Titulus, & tandem Paragraphus, v. g. *in lib. Feud. de probis feud. alien. per Feud. ff. calidus insuper. Lege in libris Feudorum, de probis. Feudi abstractione per Fredericum. Paragrapho qui incipit. Calidus insuper.* Interdum Paragraphus ponitur primo loco: v. g. *Calidus insuper Feud. alien. per Feud. Lege ut supra.*

*Institutiones* talem (intellige, *Institutiones*) dividuntur in quatuor Libros, Libri in Titulos, & Tituli in Paragraphos, non autem in Capitula vel Leges. Solent autem Institutiones citari, nulla facta mentione loci, taliter: ut primo ponatur initium Paragraphi, in quo textus citandus reperitur, deinde addatur

signum distinctivum, *Inf.* & postmodum subiungatur Titulus, in quo Paragraphus ille continetur, v. g. sic: §. *Fera. mfl. de rev. dros.* L. gatur sic: *Paragrapho*, qui incipit, *Fera in Institutibus. Titulo, de Rerum divisione.*

## COROLLARIUM.

Ad discernendas ac repriendas

Citationes utriusque Juris.

## SUMMARIUM.

*Regula generalis ad discernendas Citationes Juris Civilis;*

*Et Juris Canonici.*

*Modus repriendi Citationes in Jure.*

**E**X hæcenus dictis colligitur Regula generalis, quæ possint discerni citationes Juris Civilis à citationibus Textuum Juris Canonici. Siquidem in citationibus Juris Civilis semper exprimitur Volumen, seu pars illius per aliquod signum peculiare, ac distinctivum à cæteris omnibus: nimirum *Codex* per majus *C. Digestum* per duplex *ff.* vel Græcum *v.* aut saltem per litteram majoris *D. Novella*, seu *Authenticæ* Constitutiones, per *ly Novell.* vel *ly Auth.* Libri *Fruclorum* per *ly Feud.* Ac tandem Institutiones per *ly Instir.* sive *Inst.* Unde quovisunque unum ex supra dictis signis citationi appositum reperitur, iudicium oertum est, dictam citationem desumi ex Jure Civilis, non autem ex Canonico, utpote cum nullum tale signum apponatur citationibus Juris Canonici, ex quamvis autem parte Juris Civilis ea citatio sit desumpta, proprium cujlibet signum demonstrabit.

Porro quomodo citationes partium Juris Canonici ab invicem sint dignoscendæ, liquet ex supra dictis. Nam ubicunque apponitur *ly dist.* vel *ly quæst.* aut *q.* signum est, eam citationem desumi ex Decreto Gratiani, utpote cum solum Decretum habeat Distinctionis, & Questionis: alie quippe partes omnes Juris

Canonici habent Titulos. Ubicumque autem apponitur Titulus tuus cum initio, vel numero Capituli, abique alio signo addito (nisi forte addatur *ly Extra*, vel quod idem est, *ly X*) tunc signum est, citationem illam fieri ex quinque Libris Decretalium. Quando verò præter Titulum, ac initium Capituli, vel hujus numerum, apponitur aliud quidpiam, ut puta *ly m. 6* vel *ly Clem.* aut *extravag. Joann. 22.* vel absolute *extravag.* tunc citatio illa querenda erit juxta diversitatem appositæ signi, vel in *Sexto Decretalium*, vel in *Clementinis*, vel in *Extravagantibus Joannis XXII.* vel in *Extravagantibus Communiibus.*

Quod igitur ex præmissis dignoscatur Pars illa Juris Canonici, aut Civilis, in qua Capitulum, seu Lex quæsitæ continetur, tunc ulterius ad repriendum determinatum locum, ubi habetur, juvat querere initium ejus in indice Capitulorum, sive Legum, qui cuilibet Parti Juris, vel generatim omnibus (juxta diversitatem Editionum) præfixi solent: atque appositæ pagine, vel alius competens numerus, dabit locum quæsitæ Capituli, sive Legis. Sic quæsiturum, *c. in Lateranensi, de Prabendis.* cum istud ex dictis intelligas reperiri in quinque Libris Decretalium, v. de in indice Capitulorum dictis quinque Libris Decretalium præfixo: & habebis annotatum numerum pagine, in quo Capitulum illud existit. Quod si vero non habetur appositus numerus pagine (prout in nonnullis Editionibus contingit) illico quære in Indice Titulorum: si quæ reperies, Titulum *De Prabendis*, esse Titulum V. Libri III. Decretalium, quem per singula Capitulorum initia transcurrentes, reperies, dictum *c. in Lateranensi*, esse 31. Capitulum illius Tituli: & sic loquendo de aliis: prout amplius ipsa praxis docebit.

# I N D E X

## R E R U M , E T V E R B O R U M ,

### Quæ in his quatuor Libris continentur.

Primus numerus, isque Major Librum, secundus istius Titulum, tertius  
Tituli numerum denotat.

#### A

**A** *Afensela* Reipublicæ causâ excusat à tutela, I. 25. n. 10.

*Acceptilatio* quid sit? III. 30. n. 9.

*Accrescendi* jus an potius sit substitutione? II. 15. n. 15. quid sit? II. 10. n. 10.

quando locum habeat? *ibid.* n. 12.

*Accusatus* suspecti tutoris duplex est, I. 26. n. 1. *Ecce.*

accusare tutorem, ut suspectum, quis possit? *ibid.* n. 6. v. d. *Tutor.*

*Acquisitio* ad quem pertineant? III. n. 60. *Ecce.*

*Actio* quid sit? IV. 6. n. 1.

I. divisio, quid alia si realis, alia personalis, alia directa, alia utilis, *ibid.* n. 6.

II. in actiones prætorias, & civiles, n. 28.

quomodo inter se differant? n. 29.

an actiones ex statutis sint civiles, n. 30.

III. in rei periculatorias, potius periculatorias, & mixtas. num. 327.

IV. in actiones bonæ fidei, & stricti juris, n. 167.

V. in actiones, quibus certum: vel incertum petitur, n. 239.

*Actio* ad exhibendum definitur, IV. 6. n. 139.

1. ea quid iudici incumbat? IV. 17. n. 5.

*Actio* adiutiva quando, & ad quid detur, IV. 9. n. 7. & 8.

*Actio* æstimatoria quid sit, & ad quid detur? IV. 6. n. 175. *Ecce.*

æstimata res si perit, cui? *ibid.* n. 176.

*Actio* Confessoria quid sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 117. *Ecce.*

*Actio* de albo corrupto quid sit? IV. 6. n. 122.

*Actio* de communi dividundo describitur, IV. 6. n. 142. *Ecce.*

*Actio* de conlatura pecunie quid sit? IV. 6. n. 81. *Ecce.*

quale dictatum constitui possit? *ibid.* n. 84. *Ecce.*

ad quid competat? n. 88.

*Actio* de eo, quod certo loco, quid sit, ubi instituta? IV. 6. n. 137. *Ecce.*

*Actio* de in Jus vocato, vi exemptio quid sit? IV. 6. n. 123.

*Actio* de in rem verso quid sit? IV. 7. n. 16. & 17.

*Actio* de pauperie. vid. *Pauperie.*

*Actio* de peculio quid sit. & quomodo competat, IV. 6. n. 89. *Ecce.*

an sit pignus actione tributaria? IV. 7. n. 19.

*Actio* de tigno juncto an detur contra bona sine edificatorem? II. 1. n. 49.

*Actio* directa, & utilis quæ ducatur? IV. 6. n. 12. & 14.

*Actio* Exercitatoria quid sit, & ex cujus contractu detur? IV. 7. n. 6. *Ecce.*

differt, & convenit cum Institoria actione, *ibid.* n. 11. & 12.

*Actio* ex Jure-jurando in quid factum sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 215. *Ecce.*

*Actio* ex stipulatu pro dote quid sit? IV. 6. n. 245.

cui, & contra quem detur? *ibid.* n. 216. *Ecce.*

*Actio* famulæ hereticundæ quid sit, cui, & contra quem, ac ad quid competat? IV. 6. n. 132. *Ecce.*

quis elgar, & quis dividat? *ibid.* n. 138. & 139.

Judicis cui um in ea actione, IV. 17. n. 6

*Actio* iniuriarum regnandorum quando datur? IV. 6. n. 145.

Judicis in ea officium quale? IV. 17. n. 7.

*Actio* furti, vide *Furtum*.

*Actio* in factam contra calumniatores quando competat, quid sit, cui, contra quem, & ad quid datur? IV. 6. n. 150. &c.

*Actio* in iudicia quid sit? IV. 7. n. 10.

Convenit, & differt ab actione exercitoria, *ibid.* num. 11. & 12.

*Actio* in triplum quid sit? IV. 6. n. 149.

*Actio* Legis Aquilæ, vide *Lex Aquila*.

*Actio* Locati-conducti cui datur? III. 25. n. 7. & 8.

*Actio* mandati, vide *Mandatum*.

*Actio* negatoria, quid sit, cui, contra quem, & ad quid competat? IV. 6. n. 12. &c.

*Actio* noxalis quid sit, cui, & ad quid datur? IV. 8. num. 1. &c.

in ea quale iudicis officium? IV. 17. n. 2.

*Actio*nes ad heredes transitorias IV. 17. n. 3.

*Actio*nes an pertineant ad res mobiles, vel immobiles? II. 2. n. 6.

*Actio*nes, arbitrarie quid sint? IV. 6. n. 129. &c.

*Actio*nes bonæ fidei, & stricti iuris quænam dicantur? IV. 6. n. 167. quid sint? *ibid.* n. 169. quænam sint? 170.

an actio stricti iuris per clausulam, *aliter petentibus non obest* *Celsus* sit bonæ fidei? n. 171.

*Actio*nes in duplum quænam dicantur? IV. 6. n. 174. &c.

*Actio*nes in Quadruplum quænam sint? IV. 6. n. 179.

*Actio*nes perpetuæ quæ sint? IV. 12. n. 1.

*Actio*nes personales quando ad heredes transeant, vel non? IV. 1. n. 3. &c.

Item IV. 12. n. 4.

*Actio*nes prejudiciales quid sint? IV. 6. n. 124.

*Actio*nes temporales quæ sint? IV. 12. n. 1. litis contestatione perpetuantur, *ibid.* n. 2.

*Actio*ne de dolo quando præscribatur? II. 6. n. 17.

Quid sit actio de dolo? IV. 6. n. 133. &c.

Quando datur? *ibid.* n. 136.

*Actio*nes in pignoratice quando præscribatur? II. 6. n. 19.

*Actio* Pauliana quid sit, cui, contra quem, ad quid, quando, & quamdiu datur? IV. 6. n. 10. &c.

*Actio* præscriptis-verbis quid sit, & ad quid competat? IV. 6. n. 192. &c. æstimatoria 1. & *Actio* æstimatoria, ex permutatione, accensetur, IV. 6. n. 197.

*Actio* præscriptis-verbis quid sit, & contra quem datur? IV. 6. n. 31. &c. an datur contra præscriptis-verbis? *ibid.* n. 36.

*Actio* Quæ Serviana, quid sit, cui, & contra quem prodita sit? IV. 6. n. 75. &c.

*Actio* quod iustus quid sit, contra quem, & quando datur? IV. 7. n. 5. &c.

*Actio* quod metus causâ quid sit? IV. 6. n. 160. &c.

Cui, contra quem, & ad quid competat? *ibid.* 163. &c.

*Actio* recantatoria quæ dicatur? IV. 4. n. 14. an cum æstimatoria concurret? *ibid.* n. 15.

*Actio* rescissoria quid sit, cui, contra quem, & quamdiu competat? IV. 6. n. 18. &c.

*Actio* Serviana desinitur, IV. 6. n. 65.

Cui, contra quem, & pro quibus rebus datur? *ibid.* n. 66. &c.

*Actio* servi corrupti quid sit, cui, contra quem, & ad quid datur? IV. 6. n. 146.

*Actio* tributaria quid sit? IV. 7. n. 19. & 14. propter quænam mercedem datur? *ibid.* n. 19. an sit pignoris actione de peculo? n. 19.

*Actio* tutelæ datur pupillo, I. 24. n. 1.

Si bôdiana contra Magistratum, *ibid.* n. 6.

*Actio* in bonorum raptorum, vide *Rapina*, cui, contra quem, & ad quid datur? IV. 6. n. 128. &c.

*Actio* non probante, reus est absolvendus. IV. 12. n. 1.

*Actus* juris naturalis, & naturales tantum quid sint? I. 2. num. 4. &c.

*Actus* iuris successivus, vide *Consuetudo*.

quales ad consuetudinem sufficiant? vid. *ibid.*

*Actus* Servitus quid sit? II. 4. n. 2.

*Actus* quot requirantur ad quæ possessionem? IV. 15. num. 74.

*Ademptio* legati quid sit, & quæplex? II. 21. n. 1. & 2.

*Aditio* hereditatis est quasi contractus, III. 28. n. 8. vid. *Hereditas*.

*Adoptio* quid sit? I. 11. n. 1.

Differt ab adoptione, *ibid.* n. 4.

Adoptare quinam valeant? n. 10. & 12.

Adoptatus a nobis non fit nobilis, n. 12. & 13.

Adoptatus an debeat hæres institui? II. 1. n. 13. & 14.

*Adulte-*



*Adulterium* an legitimetur? I. 10. n. 20. *Efr.*

*Adulterium* facit separari, non verò dissolvere matrimonium; I. 10. num. 30. & 31.

Quando sit impedimentum matrimonii? *ibid.* n. 61.

quid, & quæ eius pena sit? IV. 18. n. 15. *Efr.*

*Ad. testat.* alieno nomine accipiens legatum, perdit querelam, II. 12. n. 8.

pro mercede sua non habet actionem, IV. 6. n. 3.

*Ætas* senilis excusat a tutela, I. 25. n. 19.

*Affinitas* quid sit? I. 10. n. 30.

regule cognoscendi gradus, *ibid.* n. 31. *Efr.*  
ad quorum gradum ponat impedimentum, n. 40.

*Agere* civiliter, & criminaliter quid sit? IV. 1. n. 27.

*Agere* per quem quis possit? vid. *Procurator.*

*Agnatus* quibus modis tollatur? I. 15. n. 7.

*Agnatio* posthumi, vid. *Posthumus.*

*Agnatus* quis dicatur? I. 15. n. 1.

an differat a cognato? *ibid.* n. 3.

*Alienatio* constitutio in Austria quid circa successione statuerit? III. 1. n. 41. *Efr.*

*Alibani* ius in Galia quid sit? III. 1. n. 72.

*Alienatio* in fraudem creditorum facta est valida, I. 6. n. 2.

Quando censetur in fraudem creditorum facta? IV. 6. n. 31. *Efr.*

*Alteri* iuris quis dicatur? I. 8. n. 1.

*Aliquis* quid sit, & an per eam acquiratur dominium? II. 1. n. 38.

*Altius* tollendi, vel non, servitus quid sit? II. 3. n. 21.

*Altere* quid sit? & cuius sit? II. 1. n. 41.

*Amicus* quid sit? IV. 18. n. 40.

*Andregyn.* vid. *Hermaphroditus.*

*Animæ* quatuorplacis sint generis? II. 1. n. 31. *Efr.*

*Apes* an sint animalia fera? II. 1. n. 31.

*Appet. nro* vera & ficta quid sit? IV. 15. n. 71. & 72.

*Aqueductus* quid sit? II. 4. n. 10.

*Ariflocrata.* vid. *Status.*

*Aristonica.* vid. *Proprio.*

*Arba* emptioem adjecta quid operetur? III. 24. n. 33.

*Arrogatio.* vid. *Adoptio.*

arrogari an impubes possit? I. 11. n. 7.

requisita arrogationis, *ibid.* n. 8.

arrogatio an competat querela inofficiosa? II. 12. n. 4.

*Res ad habitationem.*

*Ascendentes* quomodo succedant? III. 1. n. 35. *Efr.*

*Ashken.* Ius asyli quid sit? I. 2. n. 2.

quo iure competat? *ibid.* n. 3.

quæ Ecclesie gaudeant hoc iure? n. 4. *Efr.*

quibus personis competat, vel non? n. 8. & 9.

an etiam fugienti ad Sacerdotem portantem S. Eucharistiam? *ibid.* n. 10.

*Aucupius* quid sit? II. 1. n. 10.

*Autoritas* tutoris, vid. *Tutor.*

## B

*Bellum.* in bello occupata cui cedant? II. 2. n. 2. & 3.

*Beneficium* ordinis quid sit? III. 11. n. 11 quid Orationis, *ibid.* n. 13. & 14.

quid censurarum actionum? n. 15. & 16. Competentie quid sit, & quibus competat? IV. 6. n. 246. *Efr.*

Cessionis bonorum quid sit? vid. *Cessa.*

*Bona* constante matrimonio acquisita prætuntio a marito acquisita, III. 1. n. 64.

ad quem spectent? *ibid.* n. 65. *Efr.*

*Bona* vacante quid dicantur? n. 70. in us quis succedat? *ibid.* n. 69.

*Bona fidei.* vid. *Possessor. Prescriptio.*

*Bos* si occidat alterum bovem, an teneatur illius dominus? IV. 9. num. 5.

*Brevis* an subsistat juri naturali? I. 1. n. 2. & 3.

## C

*Calumnari.* vid. *Actio in factum.*

*Cepus dimissio* quid, quatuorplex, & quælibet sit, & quando quis eam patitur? I. 16. n. 1. *Efr.*

*Cepus* an possit facere testamentum? II. 12. n. 10.

*Cepus* occisi repertum an fundet jurisdictionem? II. 1. n. 23.

*Cassa fortuita* quid sit? I. 26. n. 18.

*Causa* quatenus teneatur? IV. 1. n. 17 an invitatus possit cogi recipere hospites? *ibid.* n. 7.

*Causa* falsa an vitiet legatum? II. 20. n. 32.

*Causa* qualis præstetur in usufructu? II. 4. n. 12 & 13.

an sit de substantia? *ibid.* n. 14. & 15.

*Causa Materna* an in contractibus locum habeat? III. 16. num. 10.

*Causa* quid, & quatuorplex sit? IV. 11. n. 1 & 2.

judicio sub, & iudicatum solvi, quid sit? *ibid.* n. 3.

- quomodo in illa cautio præstetur, n. 4.  
 an præstator præstet cautionem, n. 5.  
**Crisis** bonorum quid sit, & operetur? IV. 6.  
 n. 149. *§ 6.*  
**Crisis** apud reddito tollit obligationem, III.  
 10. n. 17.  
**Creditor** recte quid sit? IV. 1. n. 17.  
**Creditor**, ad, & quando obligetur ex mutuo? III 15 n. 17.  
**Clausula** codicillaris an faciat testamentum ob  
 præteritionem nullum in vim fideicom-  
 missi? II. 25 n. 10.  
**Clericus** privilegium an sit reale? I. 2. n. 38.  
 Clerici an succedant? III n. 14.  
**Codicillus** quid sit, & quomodo fiat? II. 15.  
 n. 1. *§ 6.*  
 eius requisiti, *ibid.* n. 4.  
 desit a testamento, n. 6.  
 ductio in eo hæres institui nequit, n. 7.  
 quibus modis infirmetur? n. 8.  
 in eo facta hæres institutio an valeat in  
 vim fideicommissi? n. 9.  
**Cognatio** quintuplex, & quæ sit impedimen-  
 tum matrimonii? I. 10. n. 61. & 62.  
 Quando cognatio tollatur? I. 16. n. 6.  
**Cognatus** quis sit? I. 15 n. 2.  
 videtur ab agnato, *ibid.* n. 1.  
**Columnæ** quales fructus suos faciat? II. 2. n. 63.  
**Columba** an sit animalia fera? II. 1. n. 36.  
**Commotio** quid sit? II. 1. n. 47.  
**Commodatum** quid sit? III. 15. n. 27.  
 desit a mutuo, *ibid.* n. 28.  
 queri an mutetur actio? n. 29.  
 an ante tempus liceat revocare? n. 30.  
 qualis culpa præstetur? n. 31.  
**Communio** Rei, & hæreditatis est quasi con-  
 tractus III 27 num. 6. & 7.  
**Compensatio** tollit obligationem, III. 30. n. 16.  
 quid sit? IV. 6 n. 121.  
 eius effectus. *ibid.* n. 124.  
 an cum hypotheca a pona caducitatis per eam  
 possit si l. herare? n. 125.  
 ex de debito n. compensari possit? 225. *§ 6.*  
 an quibus rebus lucrum habeat? n. 127.  
 ut per omnia sit a iustis, ut recte fiat? n. 128.  
*Compositio vix vix Remphom*  
**Conditio** ex lege ad easdem executores quid  
 est? IV. 9 n. 156.  
**Conditio** iudicialis quid sit? IV. 6. n. 125. *§ 6.*  
**Conditio** iustæ impedimentum matrimonii? I.  
 10 n. 57.  
 q. an solo differat a nudo causa & de-  
 monstratio? *ibid.* n. 59.  
**Conditio** suspensiva, & resolutive quid? I.  
 21. n. 3.  
**Impossibilis** actibus ultimæ voluntatis ad-  
 jecta habetur pro non apposita II. 14. n. 5.  
 quid, & quoduplex sit? III. 16. n. 8. *§ 6.*  
**Conductor**, *Conductio*. Conductor quis dicatur?  
 III. 15. n. 1.  
 Re-conductio quomodo procedat de jure  
 Austriaco? *ibid.* n. 6.  
**Actio** conducti cui, & ad quid detur? n. 8.  
 merces in qua re debeat consistere? n. 10.  
 & 11.  
 Conductor ad quid obligetur? n. 30. *§ 6.*  
 Conductio an transeat in heredes? n. 37.  
**Conjunctio** quid sit? II. 2 n. 46.  
**Conjunctio** quomodo succedat? III. 1. n. 60. *§ 6.*  
**Conjunctio** in legatis quid, & quoduplex sit?  
 II. 20. n. 12.  
**Conjunctio** quid sit? I. 10. n. 12. *§ 6.*  
 ejus linea, & stirpes, *ibid.* n. 24. *§ 6.*  
 regniæ cognoscendi distantiam graduum,  
 n. 26. *§ 6.*  
 an in secundo gradu possit transire? n.  
 37. *§ 6.*  
**Conjunctio** quarta obliget? III. 27. n. 14.  
**Conjunctio** Principis quid, & quoduplex sit?  
 I. 2 n. 31.  
**Conjunctio** quis dicatur? III. 23. n. 5.  
**Conjunctio** quale requiratur debitum? IV. 6.  
 n. 85. *§ 6.* vide *Actio de conjunctio pe-*  
*monia*.  
**Conjunctio** quid sit? I. 2. n. 46.  
 ejus linea, & stirpes, *ibid.* n. 24. & 28.  
 an sufficiat conjunctio successiva? n. 3. *§ 6.*  
 Utrum alius modo extitis videretur facul-  
 tatis, erroris, vel extrajudicialis, *ibid.*  
 per amonios sufficiunt? n. 31. *§ 6.*  
 an requiratur iunctio principis? n. 36.  
 Ex. habet formam & successione paterna in  
 Austria, III. 1. n. 8. & 9.  
 an etiam excludat à successione fraterna?  
*ibid.* n. 10.  
 Utrum hæc consuetudo valeat? n. 11.  
**Contractus** quid sit? III. 14. n. 14.  
 alius bonæ fidei, alius stricti juris? *ibid.*  
 n. 15.  
 inter illos differentie, n. 16. *§ 6.*  
 alii nominati, alii inno nati, n. 19.  
 inter hos differentia, n. 20.  
 an propter dolum contractus reddatur nul-  
 lus? n. 21. *§ 6.*  
**Consensus** qui? III. 23.  
**Incommodati** qualem producant actionem?  
 IV

IV. 6. n. 172. *Effe.*

affirmationis definitur, IV. 6. n. 175.  
qualis ex eo nascatur actio? *ibid.* n. 175.  
*Effe.*

*Contumacia* quis dicatur? IV. 15. n. 17.

quæ sit poena contumaciae? *ibid.* n. 17.

*Corpus* in sum an liceat severè? I. 11. 12. *Effe.*  
mortuum an liceat inferre in locum coem-  
mentum? II. 1. num. 23.  
si dividatur, qualis locus efficiatur religio-  
sus? *ibid.* 1. 23.

*Corvus* vid. *Reus.*

*Creditor* fructus an sortem tenetur impetare,  
III. 15. n. 44.

*Creditor* et haereditas, et hyi othechari qui-  
nam? IV. 4. num. 204.

*Crimen* aliud publicum, aliud privatum, IV.  
18. n. 1.

Publicum definitur, *ibid.* n. 2.

*Crimes* Laesæ-Majestatis quid sit? n. 3. & 4.  
à quo committatur? n. 5.

ejus divisio, n. 6.

in quas personas perpetratur? n. 7. *Effe.*

quænam ejus poena? n. 13.

*Crimen* falsi quid, & quot modis committit-  
tur? IV. 18. n. 32. & 34.

quæ ejus poena? *ibid.* n. 35.

*Crimen* peculatus quid? n. 38.

*Autus* ut quid? n. 40.

*Repetundarum* quid? n. 41.

flagellatæ auctoritatis quid? n. 42.

*de Residui* quid? n. 43.

*Criminalliter* agere quid sit? IV. 1. n. 27.

*Cuba* quid, & quod sit? I. 27. n. 13.

*Effe.* vid. *Tutor.*

*Culpa* disparitas an sit impedimentum matri-  
monii? IV. 10. n. 64.

*Curatela* quomodo differat à tutela? I. 13. n. 3.  
quid sit? 23. n. 1.

*Curator* quibus datur? 23. n. 2.

curatorem laicus nemo accipit, *ibid.* n. 4.  
etiam pupillus datur curator, n. 6.

non potest imponere servitutem, II. 3. n. 27.

## D

*Dammus* injuri datum quid sit? IV. 3. n. 1.  
& 5. *Lex Aquilia.*

Quomodo differat à pauperie? vid. *Pangeries.*

*Debitor* an in se solvens creditorem possit ma-  
nuerere? I. 6. num. 1.

Utrum alienare valeat? *ibid.* n. 2.

*Debitum* quod sit? vid. *Adio de consilij*  
*titia* primum.

*Decretum* quid sit? I. 2. n. 33.

an vim in i. habeat? *ibid.* n. 34.

Decretum primum, & secundum quid sit?

IV. 15. n. 13.

quomodo primum mandetur executioni?  
*ibid.* n. 14.

ejus effectus, n. 15.

Decreti secundi effectus, n. 17.

*De Decepto.* vel effuso quis teneatur, &  
quatenus? IV. 5. num. 1. *Effe.*

*Defensor* minor 25 annos esse non potest I.  
6. n. 8.

*De foras* puellam, an illam lucere teneat-  
ur? I. 10. n. 10.

*Delegatus* quid sit? III. 30. n. 12.

*De liberando* quis quare sit introductum? II.  
19. n. 8.

*De liba* qualem producant obligationem? IV.  
15. n. 2.

quotuplicia sint? *ibid.* n. 2.

*Democratia* quid sit? vid. *Statur.*

*Democratia* falsa an valeat legatum? II. 20.  
n. 37.

*De potestate* solvit patriam potestatem. I. 12.  
n. 3.

*Depositi* definitur, III. 15. n. 32.

qualis nascitur actio? *ibid.* n. 33.

qualis praestetur culpa? n. 34.

an depositarius possit uti re deposita? n.  
35. & 36.

qualem rem teneatur salvare, n. 37.

*Dien* cessare, & venire, quid sit? II. 10.  
n. 23.

*Dignitas*, an ea privatus, patiatur capitis di-  
minutionem? I. 16. num. 5.

Magistratus excusat à tutela. I. 25. n. 11.

*Dispositio* in quoto gradu consanguinitatis,  
vel affinitatis, fieri possit? I. 10. n. 37. *Effe.*

*Doctores* privilegia an sint realia, I. 1. n. 38.  
an solvat patriam potestatem? I. 11. n. 5.

*Dolus* quid, & quod sit? I. 16. n. 10. *Effe.*  
an contractus reddat nullus? III. 13. n.  
21. *Effe.*

quando det causam contractus, & quando  
incidat? *ibid.* num. 22.

*Domus* maris an datur? II. 1. n. 6.

*Domus* n. quid sit? *ibid.* n. 27.

aliud plenum, aliud maris plenum; aliud  
directum, aliud utile. *ibid.* n. 18.

*Donum* acquirendi modi duplicis generis  
sunt. *ibid.* n. 26. *Effe.*

*De jure civili* variis modis acquiritur. II.  
5. in prin.

*Donatio* quid sit? II. 7. n. 1.

D d d d d 2

quotu-

- quotu, lex? *ibid.* n. 2.  
 quid sit donatio mortis causa? n. 3.  
 qualis in dubio presumatur? n. 4.  
 quid inter sit inter donationem inter vivos,  
 & mortis causa, n. 5.  
 Donatio mortis causa triplici modo fit. n. 6.  
 quomodo revocetur? n. 7.  
 Convenit in multis cum legatis? n. 8.  
 Requiritur donatio mortis causa? n. 9.  
 Donatio inter vivos quid sit? n. 10.  
 quomodo perficiatur? n. 11.  
 quando infirmari debeat? n. 12. *Etc.*  
 ob quas causas revocari possit? n. 14.  
 quoniam donare valeant? n. 16.  
 quibus donari queat? n. 17.  
 Donatio inter vivos & uxorem est prohibi-  
 ta: aliquando tamen valida. n. 19. *Etc.*  
 Donatio omni quo notum an valeat? n. 22.  
 an possit revocari ob causas graviores, vel  
 æque graves. n. 23.  
 quando propter supervenientiam liberorum  
 revocetur? n. 24.  
 Donatio propter nuptias quid sit? n. 25.  
 Dormire quando dicatur prescriptio? II. 6.  
 n. 17.  
 Dor an possit à marito alienari? II. 8. n. 2.  
 & 3.  
 an rectè legetur mulieri? II. 20. n. 18.  
 Dotis privilegia. IV. 6. n. 197.  
 vide *Adiud.*  
 Dotare quisquam teneatur? *ibid.* n. 218.  
 Ductum practicum, & speculativum quid sit?  
 II. 6. n. 14.  
 an cum eo curat prescriptio? *ibid.* n. 17.  
 Duplicatio quid sit? IV. 24. n. 2.

## E

- E** Græcæ quænam gaudeant jure asyli? *vid.*  
*Asylum.*  
 Ecclesia quando dicatur polluta? *vid.* *ibid.*  
 Ecclesie relictus usufructus quando ex-  
 ret? II. 4. n. 17.  
 Ecclesie res quando prescribantur? II. 6.  
 n. 18.  
 Edictum quid sit? I. 2. n. 35.  
 Electa prætorium quid sint? *ibid.* n. 43.  
 de effugio quis teneatur; & quatenus? IV.  
 5. n. 3. *Etc.*  
 Elisor an tutelam seniori agnato deferre de-  
 beat? I. 23. n. 9.  
 Emancipatio quid sit, & quatuorplex, ac an  
 solam tutelam possideat? I. 22. n. 6.  
 Emancipati, & sui non differunt. III. 1. n. 12.  
 Emphyteusis quid sit? III. 24. n. 13.  
 quis habeat dominium directum? *ibid.*  
 n. 18.  
 quis dicatur emphyteuta? n. 14.  
 an requiratur scriptura? n. 16.  
 differt ab aliis contractibus. n. 17.  
 an canon sit communis? n. 18.  
 Emphyteusis divisio. n. 19. & 20.  
 quomodo finitur? n. 21. *Etc.*  
 an taciturnitate censetur renovata? n. 22.  
 Emphyteusis cum fundo servitutem possit im-  
 ponere? II. 3. n. 24.  
 quis dicatur emphyteuta? *vid.* *emphyteusis.*  
 an à caducitatis potius se liberare possit per  
 compensationem? IV. 4. n. 224.  
 Emptio, venditio quando transferat dominium,  
 II. 2. n. 74.  
 Quid sit? III. 24. n. 1. *Etc.*  
 Emptio domus, quam venditor consagrasset  
 ignorat, nulla est. *ibid.* n. 4.  
 quando perficiatur? n. 8. *Etc.*  
 an requiratur scriptura? n. 11. & 12.  
 artha adjecta quid operetur? n. 13.  
 pretium in quo consistat? n. 14.  
 in adiutrium tui an rectè conferatur?  
 n. 15.  
 si quantitas pretii in instrumento non sit  
 expressa, quid? n. 16.  
 si pretium consistat in pecunia, & re,  
 quid? n. 17.  
 emptæ res, si ante traditionem pereant, cui  
 pereant? n. 18. *Etc.*  
 si res alternativè venditur, cui pereat?  
 num. 12.  
 vel fungibilis? n. 23.  
 an valeat, si equum intra mensem tibi pla-  
 cuerit? n. 24.  
 Emptionis effectus. n. 25.  
 Error circa matrimonium quatuorplex, & an sit  
 impedimentum? I. 10. n. 54. *Etc.*  
 Error quando impediat translationem do-  
 mini, II. 1. n. 20.  
 Error juris an impediat prescriptionem?  
 II. 6. n. 25.  
 quando error falsæ causæ, *ibid.* n. 31.  
 Error quando facit jus, II. 10. n. 14.  
 Error in nomine, vel cognomine an vitiet  
 legatum. II. 20. num. 30.  
 Evictio quid sit prædictum. III. 24. n. 6. & 7.  
 Evictio non potest contrahere matrimo-  
 nium. I. 10. n. 1.  
 Ex pro non potest contrahere quid sit,  
 I. 12. n. 3 & IV. num. 6.

quandis

- quantitas dare, *HL* 21. n. 4. *Sec.*  
 an post biennium obijci queat, *ibid.* n. 9.  
 in quibus casibus non habet locum, n. 10.  
 Exceptio quid, & quod simplex sit, *IV* 11.  
 n. 1 & 2.  
 Exemptio quod metus causa quando datur,  
*ibid.* n. 3.  
 quando exceptio doli, n. 4.  
 exceptio erroris, n. 5.  
 Exceptio pacti de non petendo quando op-  
 poni possit, n. 7.  
 Exceptio iurisdictionis, & rei iudicate quid,  
 n. 8 & 9.  
 Exceptiones prætorie, & civiles, n. 10 & 11.  
 peremptorie, & dilatorie, n. 12.  
 Exceptio principali competens, an com-  
 petat fideiussori, *IV* 14. n. 4.  
 Exemptio tutelæ quid sit, *L. 15.* n. 1.  
 quænam causæ sufficiant, *ibid.* n. 2. *Sec.*  
 an in appellatorio causa excusationis possit  
 proponi, n. 12.  
 Exerctor quatenus teneatur, *IV* 1. n. 6.  
 quis dicatur exerctor? *IV* 7. n. 7.  
 Exheredatio quid sit, & quomodo fieri de-  
 beat, *II* 13. n. 1. *Sec.*  
 ob quas causas liberi exheredari possint,  
*ibid.* n. 5.  
 & ob quas causas parentes, n. 6.  
 an etiam fratres, n. 7.  
 an ob causas graviores exheredatio fieri  
 queat, n. 8.  
 causæ in inferi testamento, necesse est, n. 9.  
 debereque probari ad hæreses scriptas, n. 10.  
 omnes liberi iudicij potest debent institui aut  
 exheredari, n. 11.  
 etiam posthumus, n. 12.  
 Exhereditatio an possit substitui pupillariter.  
*II* 16. n. 15.  
 Exemptio quis dicatur, *III* 21. n. 7.

## F

- F**iducia cur introducta, *II* 12. n. 1.  
 quomodo ejus computatio fiat, *ibid.* n. 4.  
 quæ in eam computentur, n. 5.  
 quæ huiusmodi locum habeat falcidia, n. 6.  
 Fideiussor an liceat optine, vid. *L. 1.*  
*Sec.* an possint puniri morte, *II* 1. n. 21.  
 Fidei commissum alia universalis, alia particu-  
 laris, *II* 23. n. 1.  
 quod sit universale, *ibid.* n. 2.  
 omni an commissum non valeat, n. 3.  
 bene tamen homine, n. 4.  
 vel acquiritur in testamento, codicillis, &  
 ab intestato, n. 5.

- an necessaria sit heredis institutio; n. 6.  
 reliquantur variis modis, n. 7.  
 quomodo ad intestato relinquantur, n. 12.  
 quæ non sine teste relicta valeat, n. 14.  
 particulare quid sit, *II* 24. n. 1.  
 quibus veris fidei commissum relinquantur,  
*ibid.* n. 4.  
 Fideicommissarius an possit esse testis in testa-  
 mento? *II* 10. num. 19.  
 an detrahat quartam Trebellanicam, *II*  
 25. n. 13.  
 Fideiussor, Fideiussio quid sit, *III* 22. n. 1.  
 & 2.  
 cui obligationi possit accedere, *ibid.* n. 3.  
 an etiam obligationi ex delicto, n. 3.  
 Utrum transeat ad hæreses, n. 10. quæ-  
 nam fideiussori competant beneficia, n.  
 11. *Sec.*  
 an in plus obligari possit, n. 17.  
 qualis contra principalem ei competat ac-  
 tio, n. 18.  
 ad fideiussorem quænam transeat exceptio,  
*IV* 14. n. 4.  
 Fides bona, vel mala. vid. *Possessor. Præ-*  
*scriptio.*  
 Fideiarius hæres post testamentum hæredita-  
 tem hæres manet. *II* 13. n. 3.  
 potest contra ad ascendens hæreditatem *ibid.*  
 n. 10.  
 Filius vid. *Filius familiaris, liber.*  
 Filius familiaris à patre venditus, an manet  
 ingenuus, *L. 4.* num. 3.  
 an possit dari tutor, *L. 14.* n. 1.  
 filius comprehendit posthumum, *ibid.* n. 9.  
 non verò usque eam, n. 10.  
 in testamento patris testis esse nequit, *II*  
 10. n. 16.  
 an, & de quo peculio testari valeat? *II*  
 12. n. 1. *Sec.*  
 ex mutuo neque in conscientia obligatur,  
*III* 15. n. 18.  
 ex stipulatione acquiritur patri, *III* 18. n. 4.  
 Utrum patri dicatur fortum facere? *IV* 1.  
 n. 21.  
 an teneatur pro patre? *IV* 7. n. 2.  
 potest dari nequit, *IV* 8. n. 6.  
 Fictus, ejus administratio excusat a tutela,  
*L. 25.* n. 7.  
 ejus res quando præscribantur? *II* 6. n. 48.  
 sicut privilegia, *ibid.* n. 55.  
 quando succedat? *III* 1. n. 69.  
 Flagellatio ætænam crimen quid sit? *IV* 18.  
 n. 42.

*Pater* priorem quomodo differat a proprio? I. 1. n. 8.

*Pater* an sit homo? I. 3. n. 2.  
utrum possit esse tutor? I. 15. n. 4.

cur citius possit? I. 23. n. 3.

an succedat in sedis? III. 1. n. 6. *Esse*.

Pater an Aulicus non succedat *ibid.* n. 8.

*Frater* quando habeat querelam inofficiosa? II. 18. n. 5.

Frater germani quomodo succedat? III. 1. n. 37. *Esse*.

& quomodo in consanguinei, & uterini? *ibid.* n. 46. *Esse*.

Frater an sororem dotare teneatur? IV. 6. n. 211.

*Frater* quid, & quodplex sit, & quae manu-  
missioni obdit? I. 6. n. 4. *Esse*

alia est consilii, alia eventualis. IV. 6. n. 18.

qualis requiratur ad actionem Paulianam? *ibid.* n. 49.

*Fructus* quodplexes sint? II. 1. n. 52. vid.  
*Possessor*.

*Fugere* an insulatus teneatur? IV. 18. n. 27.

*Furtivus* an possit dari tutor? I. 14. n. 4.

quis presumatur talis? I. 23. n. 5.

utrum possit esse testis in testamento? II. 10. n. 14.

an possit facere testamentum? II. 12. n. 9.

*Furtum* quid sit? IV. 1. n. 6. *Esse*.

aliud manifestum, aliud non. *ibid.* n. 13.

ejus poena. n. 14.

fur, rupto latro decidens, an liberetur? n. 15.

furtum usus & possessionis quomodo com-  
mutatur? n. 17.

quomodo furtum liberi hominis n. 18.

& quomodo rei sine. n. 19.

open fereus, vel consilium patet ad  
furtum quomodo puniatur, n. 20.

filius an patri dicatur furtum factum? n. 21.

furti actio cui competat. n. 22.

an tutor creditor ratione pignoris, n. 23.

an tutor, & depositario, n. 24. & 25.

utrum competat contra inveniendum, n. 26.

*Falsa* Causa Lex quid fuxerit. I. 7. n. 3.

## G

*Genus* quodplex sit, II. 20. n. 25.

alter sumitur à Ju. Jus, quam Philo-  
sophus III. 15. n. 7.

*Geometria* proportio. vid. *Proportio*.

*Gradus* assuetudinis. vid. *Assuetudo*.

Consanguinitatis. vid. *Consanguinitas*.

*Ovis* si legatus est, an una ovis debeatur,  
II. 10. n. 22.

## H

*Habitus* quid sit, II. 1. n. 7.

quomodo differat ab usu, & usufructu,  
*ibid.* n. 8.

*Hereditas*, *Heres* Institutio heredis est basis  
testamenti. II. num. 6.

an heres possit esse testis in testamento,  
*ibid.* n. 18.

Heredes quoniam debeant institui, vel ex-  
heredari. II. 11. num. 1. *Esse*

quomodo institui nequeant, II. 14. n. 1. *Esse*.

Hereditas in quot uncias dividatur, *ibid.*  
n. 3. & 4.

Heredes quomodo possint institui, n. 5.

Heres quis dicatur, II. 19. n. 1.

alius necessarius, *ibid.* n. 2.

alius filius, & necessarius n. 3.

alius demum extraneus. n. 4.

qui triplici tempore debet esse capax, n. 5.

sius solum duplici. n. 6.

extraneus dicitur adire, sius se immisce-  
re, n. 7.

Hereditas quot modis adeatur, n. 10. vel  
repulsetur, n. 11.

quomodo differat à legato, II. 20. n. 2.

Hereditas res an legari possit, *ibid.* n. 5.

Heres fiduciarius post hereditatem restitui-  
tam manet heres. II. 23. n. 8. vid.  
*Fiduciarius*.

Hereditas institutio in eo locum directè facta,  
an trahatur in fidei commissum, II. 24.  
num. 9.

Heres tatus communis, vid. *Communio*.

Hereditas, actio vid. *Aditio*.

pro hereditate quis competat actio? vii.  
*Potest hereditas*.

*Hermogenianus* ad quem forum trahatur?  
I. 3. n. 5.

*Hocendum* quid sit, & quodplex? IV. 19.  
n. 21. *Esse*.

an animus occidendi presumatur ex iurame-  
nto ad occisionem non actus? *ibid.*  
n. 2. 3.

quid iuris, & quis ad occisionem dederit  
consilium? n. 14. & 15.

Homo triplici modo consideratur: n. 17.

an femina sit homo? vid. *femina*.

## I

**I** *Litris* in criminalibus per procuratorem dare potest in iudicio. IV. 4. n. 16.  
*Inquisitio* ex primo, & secundo decreto vid. *Decretum*.  
*Impedimento* matrimonii quæ sint; vid. *Matrimonium*.  
*Inpense* triplices sunt, II. 2. n. 93 vid. *Possessor*.  
*Impetratio* an ponat culpam? IV. 3. n. 9.  
*Impetratio* quid sit, & quomodo donum tribuat? II. 1. n. 43 & 44.  
*Impotentia* quoniam sit? I. 10. n. 72.  
 quæ dirimat matrimonium? ib. n. 72.  
*Inprudencia* est quasi delictum. IV. 6. n. 1.  
*Impuber* an arrogari possit? I. 2. n. 7. vid. *pupillus*.  
 contra impuberes an detur actio furti? IV. 2. n. 26.  
*Inadificatio* quid sit, & quomodo per eam acquiratur donum? II. 3. 43. *Etc.*  
*Indebitum* quid sit, & quoniam sit? III. 15. n. 19. & 20.  
 quando indebitum soluti datur repetitio? *ibid.* n. 21. *Etc.*  
*Indebitus* solutio est quasi contractus, III. 28. n. 9.  
*Infamia* quid, & quoniam sit? I. 26. n. 21. & 22. infamæ effectus. *ibid.* n. 24.  
*Inpando* in quando crescat? III. 28. n. 20.  
*Ingenium* quis datur? I. 4. n. 1. & 2.  
*Inimici* occidere quid sit? IV. 4. n. 4.  
*Injuria* dupliciter accipitur. IV. 4. n. 1.  
 Eius definitio, *ibid.* n. 2.  
 si verba sunt iniuriarum, an sint injuriarum? n. 3.  
 committitur tribus modis. n. 4.  
 realis, & verbalis quomodo fiat? n. 4. & 6.  
 an protestatio honoris tollat acti onem injuriarum? n. 7.  
 ab injuria an veritas excuset? n. 8.  
 an verbaletem injuriam alia verbale licet repellere? n. 9.  
 injuriam per q uos patimur, n. 10.  
 injuriam pena quæ sit? n. 11.  
 injuria atrox quænam? n. 12.  
 de injuria quomodo agatur? n. 13.  
 actio recantatoria an cura æstimatoria concurrat? n. 15.  
 injuria quot modis tollatur? n. 17.  
*Injuria* naturalis, & casualis. II. 1. n. 12.  
 an erat? *ibid.* n. 40.  
*Injuriam* quid sit? IV. 15. n. 5.

an dentur super proprietate? *ibid.* n. 9.  
 differunt ab actionibus, n. 7.  
 prohibitoria, restitutoria, & exhibitoria, n. 8.  
 interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem nullus est, quid sit? n. 9. 10. & 18.  
 cui, contra quem & ad quid competat? n. 9. *Etc.*  
 Interdictum de mortuo inferendo quid sit? n. 21.  
 Interdictum, ne quid in loco sacro, quid sit? n. 24.  
 quid interdictum, ne quid in summe publico? n. 15.  
 de libero homine exhibendo? n. 26.  
 de de libero & liberis exheredatis. n. 27. & 28.  
 Interdictum quorum bonorum quid? n. 28. *Etc.*  
 Interdictum quorum legatorum? n. 26. *Etc.*  
 Interdictum de vi, n. 29. & 30. Interdictum ut possidetis, & utroque, n. 45. *Etc.*  
 Interdictum unde vis quid sit, & cui competat? n. 27. *Etc.*  
 contra quem datur? n. 31.  
 an etiam contra heredes? n. 31.  
 in exceptionem reversionis admittitur? n. 34.  
 eius rei? n. 32. n. 35.  
 Interdictum, si in summa, alia deplaceat, n. 38.  
*Interdictum* quid sit, & quomodo prescriptio? II. 6. n. 58.  
*Interdictum* quid sit? II. 1. n. 45.  
*Interdictum* quid sit? II. 1. n. 42.  
*Inventum* quid requirit? II. 19. n. 9.  
*Inventum* an sit modus acquirendi dominium? II. 1. n. 36 & 37.  
*Iter*, quid sit? II. 3. n. 7.  
*Judex* an a collo, an a pede suspendi debeat? IV. 1. n. 14.  
*Judex* competens an sit, ubi caput jacet? II. 1. n. 21.  
 male iudicis tenetur ex quasi delicto. IV. 5. n. 1. *Etc.*  
*Judicis* officium quoniam sit? IV. 6. n. 2.  
 in quo consistat? IV. 19. n. 1.  
 quale iudicis officium sit circa acti onem noxalem? *ibid.* n. 2.  
 item in rei vindicta? n. 3.  
 in petitione hereditatis? n. 4.  
 in actione ad exhibendum? n. 5.  
 item in actione summi & de re fundat? n. 6.  
 & tandem in acti one summi reg. indorum? n. 7.

**Judicium petitorium, & possessorium quid?**  
IV. 15. n. 2

**Consilium:** est, intentare possessorium, *ibid.*  
n. 3.

**a** possessore datur regressus ad petitorium.  
n. 4.

**Judicia publica** vid. *Crimen*.

**Jura** an pertineant ad res mobiles, vel immo-  
biles? II. 2. n. 6.

**Juramentum** quid sit? IV. 6. n. 94.

I. divisio in assertorium, & promissorium.  
*ibid.* n. 94.

II. in voluntarium, judiciale, & necessa-  
rium. n. 96.

**Defensio** voluntarii, & judicialis, n. 97. *Ecce.*  
judicialis an locum habeat, si actor nihil  
probaverit, n. 101. *Ecce.*

**necessarium** quid sit? n. 103.

eius requisita, n. 104.

in quibus causis habeat locum? n. 105. *Ecce.*  
cui deferendum juramentum supplementum?

n. 109. *Ecce.*

**Juramentum** in litem quid sit? n. 111. *Ecce.*  
an ultra duplum verè æstimatus quis  
condemnari possit? n. 112. *Ecce.*

**Juramentum calumnie** quid sit? IV. 16. n. 2.

h quo præstandum? *ibid.* n. 3.

si noluit præstare, quid juris? n. 4. eius  
requisita n. 5.

**Jurisdiclio** alia voluntaria, alia contentiosa.  
I. 5. n. 3.

an fundetur per caput hominis repertum?  
II. 1. n. 23.

**Jurisperitendia** quid sit? I. 1. n. 11.

**Jur.** præcepta juris quot sint? I. 1. n. 12.

Jus aliud publicum, aliud privatum. I. 1.  
n. 15. *Ecce.*

Jus naturale definitur. I. 2. n. 1.

an inest brutis? *ibid.* n. 2.

utrum sit immutabile? n. 57. *Ecce.*

Jus gentium quid sit? *ibid.* n. 7.

differt à jure naturali. n. 8.

eius exempla. n. 9.

primævum, & secundævum, n. 10. *Ecce.*

Jus civile quid sit? *ibid.* n. 12.

an mutabile? n. 59.

aliud scriptum, aliud non scriptum. *ibid.*  
n. 14.

Jus non scriptum, vid. *Consuetudo*.

Juris objectum triplex. I. 2. n. 60.

& II. 1. n. 1.

**Jus accrescendi.** vid. *Accrescendi*.

**Jus agendi.** vid. *Agendum*.

**Jus deliberandi** vid. *Deliberandi*.

**Jus pascendi.** vid. *Pascua*.

**Justitia:** sive justitiæ duplex. I. 1. in prim.

quæ sit justitiæ? *ibid.* n. 3.

quænam sit definita, humana, vel divina?  
*ibid.* n. 4.

alia universalis, alia particularis, *ibid.* n. 5.

particularis est definita n. 6. & 7.

alia commutativa, alia distributiva, alia  
vindictiva, n. 8.

quænam proportio servetur? n. 9. & 10.

## L

**Legatarius** an possit esse testis in testamento?  
II. 10. n. 19. vid. *Legatum*.

**Legatum,** cum legato donatio mortis causa  
in multis convenit. II. 7. n. 8.

**Legatum accipiens,** perdit querelam. II.  
18. n. 6.

**Legatum** quid sit? II. 10. n. 1.

quomodo differat ab hereditate? *ibid.* n. 2.  
quales nascantur actiones? n. 3.

**Legata,** & fideicommissa equiparantur. n. 4.

**Legati** quænam res possint, & quæ non?  
n. 5. *Ecce.*

in legatis quid, & quoduplex sit conjun-  
ctio? n. 12. *Ecce.*

legata res, si pereat cui pereat? n. 19.  
si ea pluribus rebus legatis una pereat,  
quid juris? n. 20.

quid interit, si legatus est fundus instru-  
ctus, vel cum instrumentis? n. 21.

grege legatò, an una ovis superflua debea-  
tur? n. 22.

**legatum generis** quid sit, & quoduplex, n. 25.  
quibus legari possit? n. 26. *Ecce.*

an falsa causa, vel demonstratio vitiet le-  
gatum? n. 31. *Ecce.*

an potius nonne legari possit? n. 32.

legati ademptio, & translatio quid sit?  
II. 21. n. 1. *Ecce.*

**Legitima** liberorum cujus sit juris? II. 16. n. 12.  
Legitimitas nisi tutiora est relinquenda.

II. 12. n. 8. & 10.

quid, & quanta sit? *ibid.* n. 11. & 12.

quibus debeatur? n. 13. *Ecce.*

& quo jure? n. 16.

an consuetudine tolli queat? n. 17.

utrum sit quota honorum? n. 18. & 19.

an gravari possit? n. 20.

utrum in ea possit fieri substitutio? n. 21.

quo titulo relinquere debeat? n. 22.

& ex quibus bonis? n. 23.



an in pecunia debeatur? n. 24. & quando? n. 25.  
 quæ in eam imputentur? n. 26.  
 in adguarda legitima quale tempus inspi-  
 ciatur? II. 22. n. 3.  
 leg. tunc? n. 27. & non debetur aliter? III.  
 1. n. 3.  
**Legitatio** quid, & quotuplex sit? I. 10. n.  
 75. & 77.  
 quid ad eam requiratur? *ibid.* n. 78. & 79.  
 an legit metur adulterius? n. 80. & 81.  
 an ad eam requirantur pacta dotalia? n. 82.  
 an consensu liberorum? n. 84.  
 utrum tribus et ius successionis in fideiussas? n. 85.  
**Legitimus** quomodo quis reputetur? I. 15. n. 3.  
**Lex** in quo etiam videtur Societas.  
**Lex** quid sit? I. 1. n. 19.  
 quid debeat? *ibid.* n. 17.  
 quomodo Lex penalis obliget? n. 18.  
 Rationes eius n. 18. & 19.  
 non ob id agat ante promissionem? n. 22.  
 Scriptura non requiritur *ibid.* n. 24. & 26.  
 legis effectus? n. 27.  
**Lex Aquilia**, primum ejus caput quid sit?  
 IV. 1. n. 1.  
 ob occusum liberum hominem utilis actio  
 competat. *ibid.* n. 2.  
 Requisita actionis legis Aquilæ n. 4.  
 injuria occidere quid sit? n. 5.  
 miles in loco confecto ludens, non tene-  
 tur de damno n. 6.  
 Putator arborum quando teneatur? n. 7.  
 item medicus? n. 8. quando mulio? n. 10.  
 an cum actione legis Aquilæ alie concur-  
 rant? n. 11.  
 tertium caput n. 12.  
 actio directa, & utilis quæ dicatur? n.  
 12. & 14.  
**Lex Falcidia** quare introducta? II. 22. n. 1.  
 vid. Falcidia.  
**Lex Fieri** quid introduxerit? II. 22. n. 2.  
**Lex fissa** Cassia quid fuerit? I. 7. n. 2.  
**Lex Vocantia** quid statuerit? II. 22. n. 2.  
**Liberum** quomodo liceat emendare? vel inur-  
 tare? IV. 6. n. 241. & 242.  
**Liberi** an i vii legum instituti? I. 10. n. 84.  
 quotuplex sint deficientia? I. 11. n. 2.  
 Liberi complectuntur nepotes I. 24. n. 11.  
 quoniam profint ad excusationem tutelæ?  
 I. 25. n. 2. & 3.  
 ob quas causas exheredari possunt? II. 13. n. 1.  
 omnes instituti debent instituant exhe-  
 redari. *ibid.* n. 13.  
 succedunt ad intestato, & sunt varia? III.  
 1. n. 2. & 3.  
 quomodo succedant? *ibid.* 23. & 24.  
 Res an i fissa.

**Liberus** quid sit? I. 3. n. 4.  
 per fidei commissum an recte relinquatur?  
 II. 24. n. 3.  
**Liberum** quis sit? I. 4. n. 1.  
 Liberitatem de qua loquitur? n. 2.  
**Ligatio** an sit ius iuramentum? n. 1.  
 I. 10. n. 69.  
**Linea** quid sit? & quotuplex? vid. *Confanguinitas*.  
**Les** incipiendo quando creascit? III. 22. n. 10.  
 itis contra actionem actionis perpetuantur.  
 IV. 12. n. 3.  
**Litterarum** obligatio quando nascatur, & qua-  
 lem producat obligationem? III. 13. n.  
 1. & 2. vid. *Exceptio*.  
**Litigant** tenere quomodo puniatur? IV. 16.  
 n. 1. & 2.  
**Litus** quid sit? II. 1. n. 9.  
 quomodo differat a portu? *ibid.* n. 10.  
**Locatio**, **Locator** quid eorum? III. 24. n. 1.  
 Locationis debetur *ibid.* n. 2. & 3.  
 differt a conductu n. 4. & 5.  
 quando cessat? *ibid.* n. 6.  
 quoniam datur actio, & ad quid? n. 7.  
 locator ad quid obligetur? n. 8.  
 an locatio transeat ad heredes, n. 37.  
**Lumen**, ne luminibus officium servitus quid  
 sit? II. 3. n. 22.  
 an vicinus possit obscurare lumen? *ibid.* n. 23.  
 Luminum servitus quid? n. 24.  
 an liceat aperire fenestram? n. 25. & 26.  
 M.  
**Magistratus** potest conveniri a pupillo? I. 24. n. 6.  
 ullius dignitas excuset a tutela? I. 25. n. 11.  
**Magister** divina, alia humana vid. *Crimen*.  
**Mala fides** vid. *Possessor Prescriptio*.  
**Mandatarius**, **Mandatum** quid sit? III. 27.  
 n. 1. & 2.  
 differt a negotiorum gestione. *ibid.* n. 3.  
 divisiones mandati? n. 4. & 5.  
 quot modis contrahatur? n. 8. & 9.  
 an ex consilio quis obligetur? n. 12.  
 contra bonos mores nullum est n. 14.  
 mandati vulnera, an teneatur ultimum sup-  
 plicatio? n. 16.  
 mandati fines sunt custodiendi? n. 17.  
 mandatarius plurius emens admittit actio-  
 nem mandati? n. 18.  
 an etiam quoad excessum? n. 19.  
 mandatarius variis modis expirat? n. 20. & 21.  
 quoniam actio nascatur? n. 23.  
**Mandator** liquis dicitur? III. 27. n. 3.  
 differt a fideiussore? *ibid.* n. 4.  
**Manumissio** quid sit? I. 5. n. 1.  
 ejus modi *ibid.* n. 2. ubi fieri possit? n. 4.  
 manumittere quis queat? I. 5. n. 1.

- an debitor in fraudem creditorum? *Ibid.* n. 2. & 3.  
ob quam fraudem manumissio sit invalida? n. 6.  
*Mor.* an illius detur dominium? II. 1. n. 6.  
*Mortuus* possit esse curator uxoris L. 16. in fin. fundo totali servitutem imponere nequit. II. 7. n. 17.  
quando possint donare uxori, vel non? II. 7. n. 19.  
an dotem alienare possit? II. 3. n. 1. & 3.  
an sit donatus dotis? *Ibid.* n. 2.  
quomodo succedat uxori? III. 1. n. 69. *Sec.*  
*Mater* tribus temporibus potest prodicere proli L. 4. n. 2.  
libero non habet in potestate, L. 3. n. 1.  
loco filii potest contrahere sponsalia vid. *Sponsalia*.  
an tutorem dare possit? L. 15. n. 6.  
utrum tutor esse valeat? L. 15. n. 5.  
an pupillariter possit substituere? II. 16. n. 7. & 8.  
utrum per expressam pupillarem substitutionem excludatur a legitimis? *Ibid.* n. 11.  
liberis nuptialibus tenetur ad legitimam. II. 18. n. 17.  
an teneatur dotare filiam? IV. 6. n. 118.  
*Matrimonium* in quarto gradu prohibitum. L. 10. n. 29.  
an in secundo gradu dispensetur? *Ibid.* n. 37. *Sec.*  
*Matrimonium* quid sit? n. 44.  
ejus divisio. n. 45.  
quis illud possit contrahere? n. 46.  
ejus requisiti n. 47.  
an requiratur consensus parentum? n. 48.  
quis parochus dicatur proprius n. 49.  
Impedimenta impedimenta, & dirimentia quales, & quot sint? n. 55. *Sec.*  
quando error sit impedimentum? n. 56. *Sec.*  
quando coactio? n. 57. *Sec.* an votum? n. 60.  
qualis cognatio, & quando? n. 61. & 62.  
an adulterium ponat impedimentum? n. 63.  
utrum cuius disparitas? n. 64.  
an potus? n. 65. *Sec.* quales ordines? n. 68.  
utrum ligamen? n. 69.  
item publica honestas? n. 70.  
Impotentia qualis? n. 71. & 72.  
Eunuchi, & spadoes an possint contrahere matrimonium? n. 73 & 74.  
an raptus sit impedimentum? n. 75.  
quando quis legitur? vid. *Legitimatio*.  
*Medicus* quando teneatur de damno? (V. n. 8.  
imperite curam vere delinquit IV. 4. n. 2.  
*Mercis* an tacite pro pignore obligetur? IV. 6. n. 73.  
*Merc* dominica quomodo differat à merce pecuniaria? IV. 7. n. 15.  
*Merc* quid, & quomplex sit? L. 10. n. 64. & 66.  
qualis ponat impedimentum? n. 67.  
quando irritet contractum? II. 14. n. 26. *Sec.*  
qualis actionem quod metus causi producat? IV. 6. n. 162.  
*Miles* liberos suos non tenetur instituere? II. 11. n. 15.  
in loco consueto ledens, de damno non tenetur. IV. 3. n. 6. vid. *Militia*.  
*Militia* excusat à tutela. L. 24. n. 10.  
militis testamentum quando valeat? II. 12. n. 1. *Sec.*  
militis strionarii an gaudeant privilegio testandi? *Ibid.* n. 3.  
veterani qui dicantur? n. 4.  
militis testamentum quando valeat, n. 5.  
an per subsequentem militiam reconvalescat? n. 5.  
militis rogati an gaudeant jure militaribus? an sint praesentandi? n. 7.  
*Misericordia* an possit esse prorogator? L. 6. n. 7.  
an defensor? *Ibid.* n. 8.  
utrum possit tutor dari? L. 14. n. 4.  
*Mistitia* cui cedant? II. 1. n. 74.  
*Moderamen* incoluptate tutelae quantum requirit? IV. 18. n. 15.  
insultatus an teneatur fugere? *Ibid.* n. 27.  
an pro defensione famae liceat occidere? n. 28.  
quid? si quis constiteatur homicidium, sed ad sui defensionem commissum? n. 29.  
*Monachismus* an solvat patriam potestatem? L. 12. n. 7.  
Monachi quomodo succedant? III. 1. n. 19.  
*Monarchia* quid sit? vid. *Status*.  
*Moraliter* res quando praeteribantur? II. 6. n. 18.  
*Mortua* in alia an possit fieri solutio? III. 15. n. 15.  
quomplex illius sit mutatio? *Ibid.* n. 16.  
*Mortuaria* sunt penultima III. 24. n. 28.  
*Mortuaria* quid sit? II. 7. n. 16.  
*Mortuaria* an solvi patriam potestatem? L. 12. n. 1. & 2.  
item civibus. *Ibid.* n. 3.  
*Mortuo* quando ex lege aquila teneatur IV. 3. n. 10.  
*Mulier* an possit esse tutor? vid. *functio*.  
utrum tutorem suspectum possit accusare? L. 27. n. 6.  
an possit esse testis in testamento? II. 20. n. 12. ratione

ratione dotis quam habet privilegia?

IV. 6. n. 179.

an præferatur fisco? *ibid.* n. 180.

item an alius creditoribus expressam hypo-

thecam habentibus? n. 187.

utrum etiam in paraphernalibus, & dona-

tione propter nuptias? n. 212.

in qua dote competat prælati? n. 217.

*Mutuum* distinguitur à quasi-usufructu. II.

4. n. 10.

quid sit, & in quibus rebus consistat? III.

15. n. 2. &c.

differat ab aliis contractibus? *ibid.* n. 6.

an sit mutuum, si datur species, ut ven-

datur, & pretio exinde redactio utatur?

n. 9. & 10.

an in plus gravari possit? n. 12.

an in eadem moveta debeat fieri solutio?

n. 15. &c. vid. *Asoneta*.

*Mutus* an possit esse testis in testamento? II.

10. n. 14.

Utrum testari queat? II. 12. n. 9.

N

*Negotiorum gestio* differat à mandato. III.

27. n. 3.

quid sit? III. 28. n. 3.

qualis præstetur culpa? *ibid.* n. 4.

*Nepos* ex primo genito præstetur in successione

patris III. 1. n. 19. &c.

*Novatio* quid sit, & quoniam? III. 30. n. 10.

an novari possit obligatio pupilli? *ibid.* n. 11.

utrum sint novatio, si causa debendi muta-

tur? n. 12.

Novationis requisita. n. 13.

*Noctis* quis succedat? III. 1. n. 16.

*Noxa*, & *Noxia* quomodo differant? IV. 3. n. 2.

noxæ deductio quod operetur? *ibid.* n. 3.

an filius possit noxæ dari? n. 7.

*Nuptie* unde dicantur? I. 10. n. 43.

hærent tutelam in Austria. I. 12. n. 4.

O

*Obedientia* juris triplex est. I. 2. n. 60.

item II. 1. n. 1.

*Obligatio* quid, & quoniam sit? III. 14. n. 2. &c.

quænam orta sit, regulæ cognoscendi, *ibid.*

n. 6.

obligationum effectus. n. 7.

obligatio an tollatur mutuo consensu? III.

36. n. 15.

quomodo compensatione. n. 16.

an reditioe chirographi? n. 17.

*Obligatio ex delictis* vid. *De delictis*.

*Obligatio literarum* vid. *Literarum*.

*Occidere* an pro defensione rerum liceat? IV.

18. n. 23.

*Occupatio* quid sit? II. 1. n. 30.

occupata in bello cui cessant? *ibid.* n. 35.

occupare rem suam propria autoritate

nemo potest. IV. 6. n. 4. & 5.

*Officium* iudicis aliud nobile, aliud merce-

narium. IV. 6. n. 2.

*Onera* ferenda seivitus quid sit? II. 1. n. 16.

*Ordo* qualis ponat impedimentum matrimo-

nii? I. 10. n. 68.

P

*Pactum* quid sit, quomodo differat a polli-

citatione, & quoniam? III. 14. n. 8. &c.

vestitum definitur. *ibid.* n. 12.

*Pantichresis* quid sit? III. 15. n. 47.

an sit prohibitum? *ibid.* n. 48.

pacta societati adjecta. vid. *Societas*.

*Commisorium* quid sit? III. 14. n. 49.

*Parochus* proprius in matrimonio quis sit? I.

10. n. 49.

*Parricidia* quomodo puniantur? IV. 12. n. 32.

*Pascua* ius pascendi quid sit? II. 3. n. 17.

Pascua publica, alia privata. *ibid.* n. 12.

*Pater* loco filii potest contrahere sponsalia.

vid. *Sponsalia*.

an patris consensus requiratur ad matrimo-

nium à filio contrahendum? I. 10. n. 48.

utrum filio naturali, exheredato, & post-

humo tutorem dare possit, vid. *Tutor*.

an teneatur pro filio tutore? I. 14. n. 2.

ingrediens monasterium, an amittat usu-

fructum? II. 4. n. 18.

quale acquirat peculium? II. 9. n. 3. & 4.

an amittat usufructum per nuptias filii?

*ibid.* n. 5.

an possit esse testis in testamento filii? II.

10. n. 17.

utrum teneatur dotare filiam? IV. 6. n.

218. &c.

an teneatur pro filio? IV. 7. n. 2.

*Patria potestas* quid, & cujus iuris sit, &

quales ejus effectus? I. 9. n. 1. &c.

an mater liberos habeat in potestate patris?

*ibid.* n. 1.

quot modis acquiratur? I. 12. in prin.

an etiam per adoptionem? *ibid.* n. 4. &c.

solvitur variis modis. I. 12. n. 3. &c.

*Pauperes* quomodo differat a damno? IV. 9. n. 1.

actionis de pauperie requisita. *ibid.* n. 2. &c.

*Paupertas* excusat a tutela. I. 24. n. 24.

an ut suspectus, pauper sit removendus a

tutela? I. 26. n. 27.

*Peculatus* quid sit? IV. 12. n. 32.

*Peculium* quid, & quoniam sit? II. 9. n. 6.

&c. quale acquiratur patri? *ibid.* n. 3. &c.

E c c e s

P e c u n i a

*Pecunia* an sit res mobilis, vel immobilis? II. 2. n. 3. & 7.

*Pecus* ejus usum habens quomodo uti debeat? II. 5. n. 6.

*Perceptio* fructuum quid sit? II. 1. n. 58. *vid. Possessor.*

*Perdicio* *vid. Crimen.*

*Perire* ut quis succedat? III. 1. n. 71.

*Personarum* divisio I. 5. n. 1.

quoniam gaudeant iure asyli? *vid. Asylum.*

*Potestas* hær. datatus deficiatur, cu. ad quit. & contra quem competat? IV. 6. n. 282. *§fc.*

an etiam contra possidentem titulo? *ibid.* n. 30.

in ea quid iudici incumbat? IV. 17. n. 4.

*Potestas* quid sit? II. 1. n. 37.

*Propter* an sit alienari possit? II. 8. n. 4. *§fc.*

quid sit, III. 15. n. 46.

res mea non potest oppugnarari *ibid.* n. 21.

q. d. ex eo nascatur actio? n. 42.

an actio agnoscantia debet contra tertium? n. 43.

et illi preestetur culpa? n. 44.

*Propter* nihil sit? II. 1. n. 30.

*Plagiaris* quo modo puniatur? IV. 18. n. 29.

*Plurimum* quid sit? I. 2. n. 39.

*Potest* potest quatuor modis quis dicitur. IV. 6. n. 240.

*Pena*, in penis quoniam servetur proportio? *vid. Proportio.*

an pena possit adici sponsalibus? I. 10. n. 13. *§fc.*

*Potestas* quomodo deferat a patre? III. 14. n. 8.

*Polypetia* est potestas excoctio a tutela. I. 25. n. 1.

*Potestas* an d. spendere possit in impediens non vimon? I. 10. n. 41.

*Possessio*, *Possessor* bonæ, & malæ fidei quæ impensas deducit? II. 1. n. 52.

deducere, & tollere impensas. *ibid.*

quales fructus suos faciat? *ibid.* n. 53. *§fc.*

possessio acquiritur per liberos, & servos. III. 20. n. 1. *§fc.*

possessio furtiva quomodo consistatur? IV. 1. n. 17.

Possessio quid sit? IV. 15. n. 16. *§fc.*

an sit iura, an facti? *ibid.* n. 37.

naturalis quid sit? n. 53. *§fc.* & quid civilis? n. 54. quomodo acquiritur possessio? n. 57. *§fc.* & quo modo retinetur? n. 75. quibus modis amittitur? n. 76.

pro re peracta possessio non quæritur de re temeraria? n. 81. *§fc.*

*Possitum* venit nomine filii? I. 14. n. 1.

an sit institutus, vel exheredandus. II.

15. n. 12.

possitum nas quadruplex? *ibid.* n. 21.

hujus ag. ratio duplex. II. 17. n. 2.

an succedat ab intestato? III. 1. n. 13.

*Præceptio* juris *vid. Jus.*

*Prædictum* rusticum, & urbanum quid? II. 3. n. 1.

prædictum serviens an mutari possit? n. 13.

*Prædictum* fundo ecclesiastico servitutem imponere nequit. II. 1. n. 17.

*Præscriptio*, an præscriptione servitus acquiritur? II. 3. n. 10.

est modus acquirendi dominium. II. 6. in prin.

an dasset ab usucapione? *ibid.* n. 2.

præscriptum jus, & præscriptum iura differunt. n. 3.

Præscriptiois definitio. n. 4.

an tribuat dominium directum. n. 5.

cur fuerit introducta? n. 6.

an in utroque loco procedat? n. 7. & 8.

I. requisitum ut bona fides. n. 9. *§fc.*

an curat etiam cum dubio? n. 13. *§fc.*

utrum servitutes præscribantur sine bona fide? n. 16. *§fc.*

II. requisitum est titulus. n. 21.

quid sit titulus, & qualis requiratur? n. 22. *§fc.*

III. requisitum est possessio. n. 31.

IV. est legitimum tempus. n. 32.

aliud breve, aliud longum, aliud longissimum. n. 33. *§fc.*

quid sit tempus immemorabile? n. 41 & 42.

V. requisitum est res non vitiosa. n. 43.

& quoniam tales sint? n. 44. *§fc.*

an possint præscribi res furtivæ? n. 44. & 47.

item an res deposita? n. 46.

quando res fisci? n. 48.

an præscribatur iuri herendi pignoris? n. 49.

item an annis redditibus? n. 50.

præscriptio an impediatur per errorem falsæ c. t. t. n. 51.

an, & quando mala fides antecessoris non ex. c. t. t. n. 52. *§fc.*

præscriptio quando non procedat? n. 56.

quando dormiat? n. 57.

& quando interruptatur? n. 58.

item quando rescindatur? n. 59.

*Prætorum* e. ista quid sit? I. 2. n. 41.

*Primogenitura* quid sit? III. 1. n. 17.

an resciatur rationi? *ibid.* n. 18.

primogeniti nepos præfertur patruo in successione. n. 19. *§fc.*

*Principes*, an illius scientia ad consuetudinem requiratur? *vid. Consuetudo.*

an possit quædam iure quæ pro privare? II. 1. n. 19.

utrum



Res ficti quando prescribantur? n. 48.  
quæ res legari possunt, vel non? II. 10. n.  
5. vid. *Legatum*.

Res fungibiles quænam? III. 15. n. 4. *Effe.*  
Res, quæ in stipulationem possint deduci?  
III. 20. n. 1. *Effe.* vid. *Stipulatio*.

Incorporeales quomodo acquirantur? IV.  
15. n. 73.

*Rescriptum* quid sit? I. 1. n. 32.

de *Residuo* quid sit? IV. 18. n. 45.

*Responsa* pendendum quid sint? I. 2. n. 44.  
quem effectum habeant? *ibid.* n. 45.

*Restitutio* in integrum quis concedat? IV.  
6. n. 40.

ejus requisita. *ibid.* n. 41. *Effe.*

*Reus* excipiendus sit actor, quomodo intelli-  
gendum? III. 23. n. 4.

*Reus* stipulandi, & promittendi quis dica-  
tur? III. 27. n. 1.

Requisita ad hoc, ut quis constituatur?  
*ibid.* n. 2. *Effe.*

quomodo duo rei obligentur? n. 5.

an habeant beneficium divisionis? n. 6.

*Ripa* quid sit? II. 1. n. 17.  
an sit publica, vel privata? *ibid.* n. 12.

S

*Satio* quid sit? II. 1. n. 55.

*Satidatio* tutoris deficiat. I. 24. n. 2.  
vid. *Tutor*.

*Scriptura* non requiritur ad legem. vid. *Lex*.  
quid sit? II. 1. n. 56.

*Servitus* *Confusio* describitur. I. 2. n. 30.

*Separatio* quoad thorum, & mendam an fiat  
per adulterium? I. 10. n. 50. & 51.

in quibus casibus non? *ibid.* n. 52.

*Sequestratio* quid sit, & quotuplex? III. 14.  
n. 38. & 39.

*Servitus* quid sit? I. 3. n. 5.

an sit in bonis nostris? II. 1. n. 5.

bastardiam accipitur. II. 4. n. 1.

ejus demutatio, & divisio. *ibid.* n. 12. *Effe.*  
urbana quid sit? n. 14.

alia affirmativa, alia negativa n. 15.

urbanarum servitutem species. n. 16. *Effe.*

servitutes prædiales cur dicantur? n. 17.

an a vasallo possint constitui? n. 18.

quomodo constituantur? n. 19.  
personales aliz donantur, aliz inominatæ.  
II. 4. n. 1.

an servitutes prescribantur sine bona fide?  
II. 6. n. 18.

*Servus* unde dicatur, & quomodo talis sit?  
I. 3. n. 6.

an possit dari tutor? I. 24. n. 7.

*Socius* fructuarius quomodo acquirat use-

fructuario? II. 9. n. 4.

utrum possit esse testis in testamento? II.  
10. n. 15.

an rectè heres instituitur? II. 24. n. 2.

quomodo stipulatur? III. 18. n. 1. & 2.

cui arquirat? *ibid.* n. 3. & 4.

*Societas* quid sit? III. 26. n. 1.

*Socius* socii, n. mei non est socius meus. *ibid.* n. 2.

differt, communiōne. n. 3.

quotuplex sit, & quæ ejus natura? n. 4. *Effe.*

quænam pacta societati adiacentur? n. 5. *Effe.*

pactum, ut unus partem lucri ferat, non  
autem de damno severatur, an valeat? n. 8.

*Societas* leonina quæ? n. 9.

quibus modis solvitur? n. 10. *Effe.*

qualis præstetur culpa? n. 15.

*Solennis* pena. IV. 18. n. 18.

*Solus* nomine quid intelligatur? II. 7. n. 12.

*Solutio* *indebiti* est quasi-contractus. III. 25. n. 2.

Solutio quid sit? III. 30. n. 1.

particularis an fieri possit? *ibid.* n. 2. *Effe.*

quomodo fieri debeat? n. 4.

quis solvere queat? n. 5.

de cui? n. 6. ejus effectus. n. 7.

in quam causam imputanda solutio? n. 8.

*Solutores* possunt contrahere matrimonium. I.  
10. n. 74.

*Specificatio* quid sit? II. 1. n. 43.

quæ ad eam requirantur? *ibid.* n. 44.

*Spes* *debetum* *et*, an transmittatur ad hæredes?  
III. 16. n. 11.

*Sparsio* unde dicantur eorum definitio, &  
divisio. I. 10. n. 1. *Effe.*

quis ea contrahere possit? *ibid.* n. 4. *Effe.*

quomodo contrahantur? n. 11. *Effe.*

an pena possit adici? n. 13. *Effe.*

quomodo dissolvantur? n. 15. *Effe.*

an per unum votum ingrediendi religio-

nis, & calitatus? n. 16.

utrum reviviscant matrimonium solutum? n. 17.

an solvantur per posteriora jurata? n. 18.

vel si posterius accessit copula? n. 19.

*Sponsalia* largitas quid sit? II. 7. n. 27.

in iuris non secutis ad quem pertineat?  
*ibid.* n. 28.

*Sponsus* quis dicatur? III. 21. n. 6.

*Status* *Monarchicæ*, *Aristocratæ*, & *Democra-*

*tiæ* quid sit? I. 2. n. 16.

*Stethis* controversie excusat a tutela. I. 25.

n. 12.

*Stipulatio* deficiunt, ejus requisita III. 16. n.

1. *Effe.*

cur inventa? *ibid.* n. 3.

quænam oriatur actiones? n. 4.

quomo-

quomodo contrahatur? n. 5. *Eft.*

Stipulationum divisiones, & definitiones  
II. 19. u. 1. *Eft.*

in stipulationem quæ res possunt deduci, &  
non? II. 20. u. 1. *Eft.*

alteri facta, an valeat? *ibid.* n. 5.

quando reddatur iuribus? n. 7. *Eft.*

an in hæredes transeat? n. 18.

*Servitus* servitus quid, & quomodo fiat? II. 3. n. 10.

*Substituto* quid sit, & quomodo fiat? II. 15.  
n. 1. *Eft.*

an fiat in codicillis? *ibid.* n. 3. *Eft.*

eius divisiones, n. 5. *Eft.*

utrum substitutio facta in casum voluntatis

involvat casum impotentie? n. 8. *Eft.*

plures possunt in locum unius substitui? n. 10.

substitutionis variæ casus n. 11. *Eft.*

effectus vulgares n. 13.

quando expiret? n. 14.

an sit potior iure accrescendi? n. 15.

*Papillaris* quid sit? II. 16. n. 1.

desert a vulgari *ibid.* n. 2.

alia est expressa, alia tacita n. 3. *Eft.*

eius requisita n. 4. quibus locum recte fiat?

n. 6. an etiam à matre? n. 7. *Eft.*

per consentiam sui hæredis an papillares ta-

bule constituantur? n. 7.

effectus substitutionis papillaris n. 10.

an excludat matrem à legitima? n. 11.

*Exemplaris* quid sit? n. 12.

quomodo expiret? n. 13.

ad evitandas viduas papillo à substituto

fore parandas consilium n. 14.

substitutio papillaris an exheredato fieri

possit? n. 15.

quæ modis papillares substituti quæritur? n. 16.

papillares quot modis expiret? n. 17.

substitutio compendiosa quid sit? n. 18.

*Sol perie* quis dicatur? I. 8. n. 1.

*Sordus* an possit esse testis in testamentis? II.

10. n. 14.

utrum testamentum facere? II. 11. n. 5.

de *Suspenso* quis teneatur? IV. 1. n. 5.

## T

*Testamentum* quid sit? II. 10. n. 2.

cujus? iuris? *ibid.* n. 2. & 3.

eius requisita n. 4. *Eft.*

alibi basis est heredis institutio, n. 6.

ad testamentum requiruntur 7. testes n. 7.

& quales n. 8.

quæ requiratur signum? n. 11.

quænam assensu esse testes? n. 12. *Eft.*

municipiorum quid sit, n. 20.

eius requisita, n. 21.

an possit fieri per relationem ad *ibid.* n. 2.

n. 21. & 23.

testamentum nullum an valeat in foro pa-

liti? n. 24.

Testamentum holographum an valeat n. 25.

Mutare. vid. *Adiuta*.

Testamentum pagani an reconvalescat sub-

secuta militia? II. 11. n. 7.

Testamentum quantum facere possit, vel

non? II. 12. n. 1. *Eft.*

quando dicatur rumpi? II. 17. n. 1. *Eft.*

quando irritari? *ibid.* n. 5.

item apudum? n. 6.

an sola iura voluntate infirmetur? n. 7.

differt a codicillo. II. 25. n. 6.

testamentum nullum ob præteritionem vi-

clausula codicillaris an valeat in vitiis si-

denominatis? *ibid.* n. 10.

*Tibianus* quid sit, & quando cedat inven-

tori? II. 1. n. 65. *Eft.*

*Tignus*, actio de tigno juncto contra quem

detur? II. 1. n. 49.

tigni unum tenet servitus quid sit? II. 3. n. 17.

tignum non ne quid veniat? *ibid.* n. 18.

tignum in velum an intercede possit? n. 19.

tigni unum tenet servitus reviviscit reedifi-

cato domo. II. 4. n. 20.

*Titulus* quid sit, & quibus ad prescriptionem

requiritur? vid. *Prescriptio*.

alibi est onerosus, alibi lucrativus. IV. 5. n. 15.

quid inter sit, an titulus onerosus, ac lucra-

tivus alienatio in fraudem creditorum fa-

cta sit? *ibid.* n. 16.

*Tradito* quid requirat, ut transferatur domi-

nium? II. 1. n. 60. *Eft.*

quomplex sit? *ibid.* n. 71. & 73.

*Transactio* legitima quid sit, & quot modis fiat?

II. 21. n. 3.

*Trebellianica* quarta quid sit? II. 23. n. 9.

cessit, si hæres in re particulari est insti-

tutus, *ibid.* n. 11.

an etiam fideicommissarius eam possit de-

trahere? n. 13.

*Triplicatio* quid sit? IV. 24. n. 2.

*Tutela* quid sit, quo modo differat à curatela,

& quomplex. I. 23. n. 1. *Eft.*

Tutela Electoralis in seniori agnato defe-

rentia? *ibid.* n. 20.

legiti in agnatorum quando locum habeat?

I. 15. n. 6.

legitimi Patronorum quid sit, & unde des-

endant? I. 17. n. 1. & 2.

Legitima Parentum quid sit, & unde intro-

ducatur? I. 18. n. 1. & 2.

Fiduciaria cum deficiat? I. 19. n. 1. & 2.

Dativa

Dativa quoniam sit? & quando locum inveniat? L. 10. n. 1. *Ecce.*

tutela dato est jurisdictionis n. 8.

Ematur in quibus modis, & quando de iure austriaco? L. 22. n. 1. *Ecce.*

de tutela administrationis: & quoniam causae exco-  
cutionis? L. 25. n. 2. *Ecce.*

tutela administrationis est quasi contractus. L. 1.  
n. 2. *Ecce.*

Tutor a quo datur, & an a matre possit? L. 12.  
n. 5. & 6.

utrum naturalis, exheredato, & posthumus?  
*ibid.* n. 7. *Ecce.*

filius familias potest tutor dari. L. 14. n. 1.  
an servus, minor annis, & furiosus? *ibid.*  
n. 3. *Ecce.*

testamentarius quomodo dari possit? n. 6.  
item legitimus, & dativus, n. 7.

an certae rei? n. 8.

filio datus, censetur etiam posthumus da-  
tus. n. 9.

non vero nepoti. n. 10.

nisi sit datus liberis. n. 11.

Tutor legitimus quis? L. 14. in prin.  
in tutoris inquisitionem quid veniat, ut  
dari a magistratu possit? L. 20. n. 7.

ante confirmationem non tenetur suscipere  
tutela. L. 21. n. 1.

ad quid postea teneatur? *ibid.* n. 2. *Ecce.*  
quales res possit alienare? n. 5.

quis auctoritas quando necessaria? n. 7. *Ecce.*  
an tutor honoratus auctor fieri possit? n. 9.

qualis praestet cautionem? L. 24. n. 2. *Ecce.*  
quis teneatur administrare? *ibid.* n. 4.

an in appellatio causa excusationis possit  
proponi? L. 25. n. 12.

an transeat in curatorem? *ibid.* n. 3. *Ecce.*  
quid sit ut suspectus, & a quolibet, accu-  
sari possit? L. 26. n. 4. *Ecce.*

suspectus quis dicatur? *ibid.* n. 8.

quando hoc infans? n. 9. & 10.

qualem praestet cautionem? n. 11.

lite pendente an relinquendus in admini-  
stratione? n. 15.

an pauper ut suspectus removendus? n. 17.

tutor fundo pupillari servitutem imponere  
nequit. II. 7. n. 27.

legatum accipiens nomine pupilli, non  
perdit querelam, II. 18. n. 7.

**V** *Assatus* an possit fundo feudali servitutem  
imponere? II. 7. n. 18.

*Matre* quid sit, & quoniam? II. 2. n. 30.

an prohiberi possit? *ibid.* n. 31.

*Venturo*. vid. *Supra*.

*Venditor* tradere, non dare tenetur. III. 24. n. 5.  
an praestando interesse liberetur? n. 26.

& ad quod obligetur? n. 27.

*Venia* a quo quando impetretur? I. 21.  
quid sit? *ibid.* n. 6.

*Veneficium* quid sit? n. 10. *Ecce.* IV. 18. n. 32.

*Verborum* obsecratio vid. *Stipulatio*.

*Via* quid sit? II. 3. n. 9.

*Violentia* quotiens sit? IV. 6. n. 117.

*Via* publica, & privata quando fiat? IV. 18. n. 36.

*Unio* prolium quid sit? I. 11. n. 14.

*Utum* caltatis an solvat sponsalia? L. 10. n. 16.  
an etiam votum ingredientis religionis? *ibid.*  
n. 40.

*Urbs* quid sit? IV. 15. n. 16.

*Usurarius* an commodatum cedere possit? II.  
5. n. 3 & 4.

usum ad rem vid. *Usus*.

*Usucapio* vid. *Prescriptio*.

*Ususfructus* an in locum demortuorum ar-  
borum teneatur alias subsistere? II. 1.  
n. 64. vid. *Ususfructus*.

*Usura* an curant in contractibus? III. 14.  
n. 17.

Usurae usurarum sunt prohibita. III. 15. n.  
12. *Ecce.*

*Usus* defunctus. II. 5. n. 1.

differt ab usufructu. *ibid.* n. 2.

usum ad rem habens, quomodo sit uti va-  
lent? n. 5.

usum pecoris habens, quomodo uti debeat?  
n. 8.

differt ab habitatione. n. 8.

usum fructum quando committatur? IV. 1.  
n. 17.

*Ususfructus* quid, & quoniam sit? II. 4. n.  
1. *Ecce.*

quomodo, & in quibus rebus constituitur?  
*ibid.* n. 6. *Ecce.*

quare usufructus distinguitur à mutuo? n. 10.

qualis cautio praestetur, an sit de substantia?  
n. 12. *Ecce.*

quando expuret? n. 16. *Ecce.*

tractus Ecclesiae quomodo duret? n. 17.

domo destructa an retineatur in area?  
n. 20.

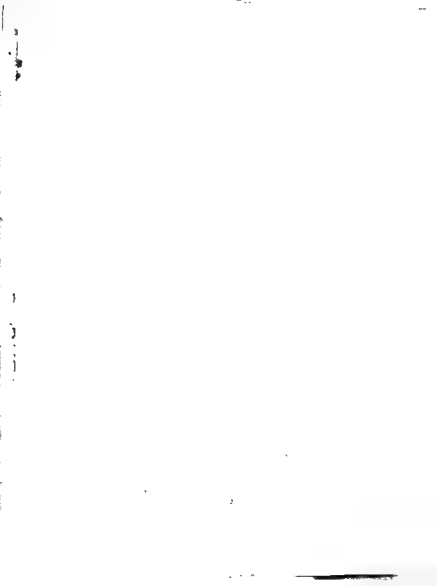
an cedi possit? n. 21. an cedere dimittatur?  
n. 22. differt ab usu. II. 5. n. 2.

*Uxor* quoniam habet bona? I. 16. n. 18.  
in suo

marito quomodo donare possit, vel non?  
II. 7. n. 19. *Ecce.*

quomodo succedit marito? III. 1. n.  
60. & c. vid. *Matr. r.*







92

C

CC 5664-413





Res fisci quando prescribuntur? n. 48.  
quæ res legari possunt, vel non? II. 10. n.  
5. vid. *Legatum*.

Res fungibiles quænam? III. 15. n. 4. *Etc.*

Res, quæ in stipulationem possunt deduci? III. 20. n. 1. *Etc.* vid. *Stipulatio*.

Incorporeales quomodo acquirantur? IV. 15. n. 75.

*Rescriptum* quid sit? I. 2. n. 12.

*de Rescriptis* quid sit? IV. 18. n. 43.

*Responsa* prudentum quid sint? I. 2. n. 44.

quem effectum habeant? *ibid.* n. 45.

*Restitutio* in integrum quis concedat? IV. 4. n. 40.

eius requisiti. *ibid.* n. 41. *Etc.*

*Res* excipiendæ sit actor, quomodo intelli-

gendum? III. 12. n. 4.

*Res* stipulandi, & promittendi quis dicat-

ur? III. 17. n. 1.

Requisita ad hoc, ut quis constituitur?

*ibid.* n. 2. *Etc.*

quomodo duo rei obligentur? n. 3.

an habeant beneficium divisionis? n. 6.

*Ripa* quid sit? II. 2. n. 12.

an sit publica, vel privata? *ibid.* n. 13.

**S**atio quid sit? II. 1. n. 55.  
*Satisfactio* tutoris definitur. I. 24. n. 1.  
vid. *Tutor*.

*Scriptura* non requiritur ad legem. vid. *Lex*.

quid sit? II. 1. n. 56.

*Seminarum-Consuetudo* describitur. I. 2. n. 30.

*Superatio* quoad thorum, & mensam an fiat

per adulterium? I. 10. n. 50. & 51.

in quibus casibus non? *ibid.* n. 52.

*Supplementum* quid sit, & quod sit? III. 14.

n. 18. & 19.

*Servitus* quid sit? I. 3. n. 5.

an sit in bonis nostris? II. 1. n. 3.

bisana accipitur. II. 4. n. 1.

eius definitio, & divisio *ibid.* n. 12. *Etc.*

urbana quid sit? n. 14.

alia affirmativa, alia negativa n. 15.

urbanarum servitutuum species. n. 16. *Etc.*

servitutes prædiales cui dicantur? n. 17.

an a vasallo possint constitui? n. 18.

quomodo constabantur? n. 19.

personales aliz nominatæ, aliz innominatæ. II. 4. n. 1.

an servitutes præscribantur sine bona fide?

II. 4. n. 16.

*Servus* unde dicatur, & quomodo talis fiat?

I. 3. n. 6.

an possit dari tutor? I. 54. n. 3.

servus fructuarius quomodo acquirat usu-

fructuario? II. 9. n. 4.

utrum possit esse testis in testamento? II.

10. n. 53.

an recte hæres instituitur? II. 24. n. 2.

quomodo stipuletur? III. 18. n. 1. & 2.

cui acquirat? *ibid.* n. 3. & 5.

*Societas* quid sit? III. 26. n. 1.

Socius socii mei non est socius meus. *ibid.* n. 2.

differt, communione. n. 3.

quod sit, & quæ ejus natura? n. 4. *Etc.*

quænam pacta societati adiciantur? n. 5. *Etc.*

pactum, ut unus partem lucri ferat, non

autem de damno teneatur. *ibid.* n. 6.

*Societas* leonina quæ? n. 2.

quibus modis solvatur? n. 10. *Etc.*

qualis præstetur culpa? n. 14.

*Sodalis* pena. IV. 18. n. 18.

*Solus* non ne quid intelligatur? II. 7. n. 11.

*Solutio indebiti* est quasi-contractus. III. 15. n. 3.

*Solutio* quid sit? III. 30. n. 1.

particularis an fieri possit? *ibid.* n. 2. *Etc.*

quomodo fieri debeat? n. 4.

quis solvere queat? n. 5.

& cui? n. 6. ejus effectus. n. 7.

in quam causam imputanda solutio? n. 8.

*Spadones* possunt contrahere matrimonium. I.

10. n. 74.

*Specificatio* quid sit? II. 1. n. 47.

quæ ad eam requirantur? *ibid.* n. 48.

*Spes debitorum* tria, an transmittantur ad hæredes?

III. 16. n. 11.

*Spensalia* unde dicantur? eorum definitio, &

divisio. I. 10. n. 1. *Etc.*

quis ea contrahere possit? *ibid.* n. 4. *Etc.*

quomodo contrahantur? n. 11. *Etc.*

an pena possit adici? n. 12. *Etc.*

quomodo dissolvantur? n. 15. *Etc.*

an per unum votum ingrediendæ religio-

nus, & castitatis? n. 16.

utrum reviviscant matrimonium solutum? n. 17.

an solvantur per posteriora jurata? n. 18.

vel si posterioribus accessit rapina? n. 19.

*Sponsalia largitas* quid sit? II. 7. n. 27.

iniquis non secutis ad quem pertineat?

*ibid.* n. 28.

*Sponsus* quis dicatur? III. 21. n. 6.

*Status* Monarchicæ, Aristocratæ, & Demo-

craticæ quid sit? I. 2. n. 10.

*Stichus* controversæ excusat a tutela. I. 21.

n. 18.

*Stipulatio* definitur, ejus requisiti III. 16. n.

1. *Etc.*

cur inventa? *ibid.* n. 5.

quænam oriuntur actiones? n. 4.

quomo-

quomo. lo contrahitur? n. 5. *Etc.*

Stipulatio. opum divisiones, & definitiones

III. 19 n. 1. *Etc.*

in stipulationem quæ res possint deduci, &

non? III. 20. n. 1. *Etc.*

alteri facta, an valeat? *Ibid.* n. 5.

quando reddatur mutuis? n. 7. *Etc.*

an in hæredes transeat? n. 18.

*Stillicido* servitus quid, & quomplex? II. 3 n. 20.

*Substituto* quid sit, & quomodo fiat? II. 15.

n. 2. *Etc.*

an fiat in codicillis? *Ibid.* n. 3. *Etc.*

eius divisiones. n. 5. *Etc.*

utrum substitutio facta in casum voluntatis

involvat casum impotentie? n. 8. *Etc.*

plures possunt in locum unius substitui? 10.

substitutionis vari casus n. 11. *Etc.*

effectus vulgaris n. 13.

quando expiret? n. 14.

an sit potior iure accrescendi? n. 15.

*Pupillari* quid sit? II. 16. n. 1.

desert a viugur *Ibid.* n. 2.

alia est expressa, alia tacita n. 3. *Etc.*

eius requisita n. 4. q. ubi liberi rectè nat? n. 6.

an etiam à matre? n. 7. *Etc.*

per existentiam sui hæredis an pupillares ta-

bule consentiant? n. 7.

effectus substitutionis pupillaris n. 10.

an excludat matrem à legitima? n. 11.

*Exemplaris* quid sit? n. 12.

quomodo expuet? n. 13.

ad evitandas miseras pupillo à substituto

foris parandas consilium n. 14.

substitutio p. illis an exheredato fieri

possit? n. 15.

quot modis p. statim substituitur? *quæta* 16.

pupillares quot modis expuet? n. 17.

substitutio compensati quid sit? n. 18.

*Sol p. ut* quis dicatur? I. 8. n. 1.

*Servus* an possit esse testis in testamento? II.

10 n. 14.

utrum testamentum facere? II. 12. n. 9.

de *Suspensio* quis teneatur? IV. 4. n. 5.

T

*Testamentum* quid sit? II. 10. n. 2.

cupit? *et iuris*? *Ibid.* n. 2. & 3.

eius requisita n. 4. *Etc.*

illius à his est hæredis substitutio. n. 6.

ad testamentum requiruntur 7. testes n. 7.

& quides n. 8.

quid requiratur sigillum? n. 11.

quid nam possunt esse testes? n. 12. *Etc.*

mucupativum quid sit, n. 20.

ei n. 21.

an possit fieri per relationem à subedim?

n. 22. & 23.

testamentum nullum an valeat in foro po-

lit n. 24.

Testamentum holographum an valeat n. 25.

Militare. *vid. Adulæ.*

Testamentum pagani an recoualeat sub-

secuta militis? II. 11 n. 7.

Testamentum quantum facere possunt, vel

non? II. 12. n. 1. *Etc.*

quando ducatur rumpi? II. 17. n. 1. *Etc.*

quando irritari? *Ibid.* n. 5.

item irrumari? n. 6.

an fori nuda voluntate infirmetur? n. 9.

desert a codicillo. II. 15 n. 6.

testamentum nunt un ob preteritionem vi

clausulæ codicillaris an valeat in vim si-

decommisiss? *Ibid.* n. 10.

*Thesaurus* quid sit, & quando cedat inven-

tori? II. 1. n. 65. *Etc.*

*Tignum*, actio de tigno juncto contra quem

derat? II. 1. n. 49.

tigni amovendi servitus quid sit? II. 3 n. 17.

tigni non n: quid veniat? *Ibid.* n. 18.

tignum in usufructu an intercede possit? n. 19.

tigni unum vendi servitus reviviscit reedifi-

cata domo. II. 4. n. 20.

*Titulus* quid sit, & quibus ad prescriptionem

requiratur? *vid. Prescriptio.*

ali s est onerosus, ali s incrativus. IV. 6. n. 55.

quid intersit, an tunc onerosus, ac lucra-

tivus alicuius in fraudem creditorum fa-

cta sit? *Ibid.* n. 16.

*Tradito* quid requiratur, ut transferatur domi-

nium? II. 1. n. 60. *Etc.*

quomplex sit? *Ibid.* n. 72. & 73.

*Translatio* legita quid sit, & quot modis fiat?

II. 12. n. 3.

*Trebellianica* quarta quid sit? II. 13 n. 9.

cessit, si heres in re particulari est insti-

tutus. *Ibid.* n. 11.

an etiam fideicommissarius eam possit de-

trahere? n. 13.

*Triplicatio* quid sit? IV. 14. n. 2.

*Tutela* quid sit, quo modo differat à curatela,

& quomplex. I. 13 n. 1. *Etc.*

Tutelæ & curatela an sen ori agnato diffe-

rent? *Ibid.* n. 10.

legati an agnatorum quando locum habeat?

I. 14. n. 6.

legitima Patronorum quid sit & unde des-

cedat? I. 17 n. 1 & 2.

legitima Parentum quid sit, & unde intro-

ducatur? I. 18 n. 1. & 2.

Fiduciaria qui deferatur? I. 19. n. 1. & 2.

Dativa

Dativa quis sit? & quando locum inveniat? I. 20. n. 1. *Ecce.*

tutela: dato: est jurisdictionis. n. 8.

Finitur variis modis, & quando de jure auferatur? I. 22. n. 1. *Ecce.*

à tutela administratione quatenus caute exerceatur? I. 23. n. 1. *Ecce.*

tutela administratio est quasi-contractus. III. 28. n. 3.

Tutor a quo dari, & an a matre possit? I. 23. n. 3. & 6.

utrum naturalis, exheredato, & posthumus? *ibid.* n. 7. *Ecce.*

filius familias potest tutor dari. I. 14. n. 1. an servus, minorennis, & furiosus? *ibid.* n. 3. *Ecce.*

testamentarius quomodo dari possit? n. 6. item legitimus, & dativus, n. 7.

an certæ rei? n. 8.

filio datus, censetur etiam posthumus dari. n. 9.

non vero nepoti. n. 10.

nisi sit datus liberis. n. 11.

Tutor legitimus quis? I. 14. n. 1. n.

in tutoris inquisitionem quid veniat, ut dari à magistratu possit? I. 20. n. 7.

ante confirmationem non tenetur suscipere tutelam. I. 21. n. 1.

ad quid potest teneretur? *ibid.* n. 2. *Ecce.*

quales res possit alienare? n. 5.

ejus autoritas quando necessaria? n. 7. *Ecce.*

an tutor honorarius author fieri possit? n. 9.

qualis præstat cautionem? I. 24. n. 1. *Ecce.*

quis teneatur administrare. *ibid.* n. 4.

an in appellatio causa excusationis possit proponi? I. 24. n. 22.

an transeat in curatorem? *ibid.* n. 2. *Ecce.*

quolibet ut suspectus, & à quolibet, accusari potest. I. 26. n. 4. *Ecce.*

suspectus quis dicatur? *ibid.* n. 8.

quando fiat, infans? n. 9. & 14.

qualem præbet culpam? n. 15.

libere pendente an relinquendus in administratione? n. 25.

an pauper ut suspectus removendus? n. 27.

tutor fundo pupillari servitutem imponere nequit. II. 3. n. 27.

legatum accipiens nomine pupilli, non perdit querelam. II. 18. n. 7.

U

**V**asallus an possit fundo feudali servitutem imponere? II. 1. n. 18.

Ventus quid sit, & quotuplex? II. 1. n. 30.

an prohiberi possit? *ibid.* n. 31.

Ventus. *vid. Eruptio.*

Venditor tradere, non dare teneatur. III. 24. n. 5.

an prædictum latere liberetur? n. 26.

& ad quid obligetur? n. 17.

Vena. *vid. quomodo impetretur?* I. 22.

quid sit, & quid sit? *ibid.* n. 6.

Venire quid sit? *ibid.* n. 11.

Vernaculus obnoxio. *vid. Supplicatio.*

Via quid sit? II. 3. n. 9.

Violentia quotuplex sit? IV. 6. n. 157.

Vn publica, & privata quid sit? IV. 18. n. 36.

Umo probum quid sit? I. 14. n. 14.

Votum castitatis an solvat sponsalia? I. 10. n. 16.

quando sit impedimentum matrimonii? *ibid.* n. 60.

Urbis quid sit? IV. 15. n. 16.

Usurarius an commoditatem cedere possit? II. 5. n. 3. & 4.

usum ædium. *vid. Usus.*

Usucapio. *vid. Praescriptio.*

Usufructuarius an in locum demortuorum arborum teneatur alias substituere? II. 1. n. 54. *vid. Usus-fructus.*

Usura an current in contractibus? III. 14. n. 17.

Utriusque usurarius sunt prohibita. III. 14. n. 12. *Ecce.*

Usus definitur. II. 4. n. 1.

differt ab usufructu. *ibid.* n. 2.

usum ædium habens, quomodo sit uti valeat? n. 5.

usum peroris habens, quomodo uti debeat? n. 6.

differt ab habitatione. n. 8.

usus furtivus quando committatur? IV. 2. n. 17.

Usufructus quid, & quotuplex sit? II. 4. n. 4. *Ecce.*

quomodo, & in quibus rebus constituitur? *ibid.* n. 6. *Ecce.*

quali usufructus distinguitur à usufructu. *ibid.* n. 10.

qualis cautio præstetur, an sit de substantia? n. 12. *Ecce.*

quando expiret? n. 16. *Ecce.*

reatus Ecclesie quando duret? n. 17.

domo destructa an restituatur in area? n. 20.

an cedi possit? n. 21. an cedendo amittatur? n. 22. differt ab usu. II. 4. n. 2.

Uxor quotuplicia habeat bona? I. 16. n. 13. n. 20.

marito quomodo donare possit, vel non? II. 7. n. 19. *Ecce.*

quando succedet marito? III. 1. n. 60. *Ecce.* *vid. Adm. r.*







97a



005664413

